DIE "FREIEN BERUFE"

- Herkunft, Wandlung und heutiger Inhalt des Begriffs -

(dargestellt an einem Vergleich
der Handwerker einerseits und im besonderen
der Ärzte, Anwälte und Künstler andererseits)

Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Heiner Hermann

Frankfurt / Main 1973

Druck- und Verlagsanstalt
Werner Blasaditsch · 89 Augsburg · Theodor-Heuß-Platz 3 · Telefon (0821) 25563
Printed in Germany

DIE "FREIEN BERUFE"

- Herkunft, Wandlung und heutiger Inhalt des Begriffs -

(dargestellt an einem Vergleich
der Handwerker einerseits und
im besonderen der Ärzte, Anwälte
und Künstler andererseits)

Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors des Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität des
Saarlandes

vorgelegt von
Heiner Hermann

Frankfurt / Main 1971

Tag der Disputation:	11. Januar 1973
Dekan:	Professor Dr. Rudolf Richter
Berichterstatter:	Professor Dr. Heinz Wagner
	Professor Dr. Wolfgang Knies

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhaltsübersicht

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII

TEIL I

Einleitung

Zur Problemstellung der Arbeit	1

TEIL II

§ 1 "Freie Berufe" - eine Kategorie des Steuerrechts

I. Das wissenschaftliche und praktische Interesse an einer Klärung des Begriffs "freie Berufe"	4
II. Die "freien Berufe" in der Steuergesetzgebung und in der Rechtsprechung	7

§ 2 Gibt es eine besondere Freiheit der "freien Berufe" ?

I. Die Freiheit des wirtschaftlich Selbständigen	12
II. Die Freiheit bei der Zulassung zum Beruf	13
III. Die Freiheit von staatlichen Eingriffen	14

Seite

§ 3 "Freie" und "nicht - freie" Berufe in der Vergangenheit

I. Die Stellung der Handwerker, Künstler, Ärzte und Anwälte im Mittelalter 15

1) Handwerker 15

2) Künstler 21

3) Ärzte 24

4) Anwälte 29

5) Auseinandersetzung mit dem Begriff der "freien Berufe" im Mittelalter 31

a) Spezielle Freiheiten der "freien" Berufe ? 31

b) Die unterschiedliche Bedeutung des Begriffs "freier Beruf" 34

c) Die sogenannten "artes liberales" 35

d) Das "Prinzip der Nahrung" 41

II. Die Stellung der Handwerker, Künstler, Ärzte und Anwälte im absolutistischen Deutschland 43

1) Handwerker 43

2) Künstler 46

3) Ärzte 48

4) Anwälte 51

5) Die besondere Situation der "freien Berufe" im Absolutismus 55

III. Die Stellung der Handwerker, Künstler, Ärzte und Anwälte im 19. Jahrhundert 56

1) Handwerker 56

Seite

2) Künstler 59

3) Ärzte 60
4) Anwälte 61
5) Die Freiheit der "freien" Berufe 63

§ 4 Der heutige Inhalt des Begriffs "freie Berufe"

I. Das besondere Verhältnis zum Staat - ein Kennzeichen der "freien Berufe" ? 65

1) Übersicht über die einschlägigen Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung 65

a) Erste diesbezügliche Hinweise in der Literatur 65

b) Triepel: "staatlich gebundene Berufe" 66

c) Bundesverfassungsgericht: "staatlich gebundene Berufe" 68

d) Hoffmann: "öffentliche Aufgaben" 69

e) Die Ansicht von Bachof und Reuß 71

f) Herzog: "verstaatlichte Berufe" 71

g) Die Ansicht Hubers 72

h) Die Ansicht Krügers 72

2) "Freie Berufe" und Artikel 12 GG 73
a) Die Bindung der "freien Berufe" 73

b) Ihre verfassungsrechtliche Stellung 74

3) Die Freiheit des Standes 76

4) Die unterschiedliche Bindung der anerkannten "freien Berufe" durch den Staat 78

Seite

II. Definition des Begriffs "freie Berufe" in der Literatur 79

III. Auseinandersetzung mit einigen angeblich typischen Kennzeichen der "freien Berufe" 82

1) Die besondere intellektuelle Qualifikation der Freiberufler 82

a) Hinweise auf die diesbezügliche Rechtsprechung 82

b) Die geistige Arbeit der "freien Berufe" 85

c) Handarbeit - Kopfarbeit: eine fragwürdige Unterscheidung 87

2) Die "freien Berufe" als Kulturberufe 89

a) Sachgut und Kulturgut 89

b) Die Sachbezogenheit des freiberuflichen Schaffens 90

c) Die Bedeutung der "freien Berufe" für den kulturellen Fortschritt 92

3) Die Einheit von Berufs- und Privatbereich 94

4) Beruf und Berufung 95

5) "Freie Berufe" - eine Kategorie des Sollens 97

6) Die Bedeutung des Erwerbsstrebens bei den "freien Berufen" 97

a) Profitdenken und geistige Freiheit 97

b) Der Unterschied zwischen Sachgüterwirtschaft und Kulturgüterwirtschaft 99

c) Das besondere Verhältnis zwischen Freiberufler und Kunden 101

Seite

d) Das Problem des Praxisverkaufs 103

e) Die Bezahlung der geistigen Arbeit 105

aa) Der Begriff "Honorar" 105

bb) Die Bedeutung der Gebührenordnungen bei den "freien Berufen" 107

IV. Die Ausübung eines "freien Berufs" im Angestellten- oder Beamtenverhältnis 109

1) Freiberufler im nationalökonomischen und sozialethischen Sinn 109

2) Die Bedeutung der wirtschaftlichen Abhängigkeit für die Güte der freiberuflichen Leistung (Freiheit der Abhängigen - Unfreiheit der Selbständigen) 111

3) Die Notwendigkeit des wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses für die Ausübung bestimmter freiberuflicher Tätigkeiten 118

a) Die Lage der Erzieher und Wissenschaftler 118

b) Die Vorteile der Teamarbeit 119

V. Zur Frage der Anstellung von Bediensteten durch Freiberufler 121

1) Das Problem der persönlichen Leistung der Freiberufler 121

2) Der Zusammenschluß von Freiberuflern und die Ausübung eines "freien Berufs" durch juristische Personen 124

Seite

TEIL III

Schlußbetrachtungen

§ 1 Der Freiberufler - ein Abbild des "homo ethicus"? 129

§ 2 Die steuerrechtliche Sonderstellung der "freien Berufe" 132

I. Gewerbesteuerpflicht der Freiberufler ? 132

II. Der Freibetrag gemäß § 18 Abs. 4 EStG 135

§ 3 Ergebnis 139

Schrifttumsverzeichnis

ABELSON
Paul
The Seven Liberal Arts - A Study in mediaeval culture - New York, 1965

A BRAHAM A SANCTA CLARA
Etwas für alle - Kurze Beschreibung allerlei Stands-, Amts- und Gewerbspersonen. Allen und jeden heilsam und leitsam - Ausgewählt und eingeleitet von Dr. Rudolf Eger, München, 1960

A CKERKNECHT
Erwin H.
Kurze Geschichte der Medizin, Stuttgart, 1959

ALBRECHT
Heinrich
Unsere ehemalige Zunft- und Innungsverfassung und die Gewerbefreiheit in Preußen, Danzig, 1825

ARNOLD
Wilhelm
Das Aufkommen des Handwerkerstandes im Mittelalter, Basel, 1861

BAAS
Johann Hermann
Die geschichtliche Entwicklung des ärztlichen Standes und der medicinischen Wissenschaften, Berlin, 1896

BACHOF
Otto
F reiheit des Berufs, in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner: "Die Grundrechte" Band III, 1, Berlin, 1958, Seite 155 ff.

BALLERSTEDT
Kurt
Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, in : JZ 1951, 486 ff.

BARTH
Kuno
Belastungsvergleich zwischen unselbständig Tätigen und Angehörigen freier Berufe, verbunden mit einer Randbemerkung zu § 18 Abs. 4 EStG, in: Finanzrundschau 1959, 561 ff.

BECHTEL
Heinrich

Wirtschaftsstil des deutschen Spätmittelalters - Der Ausdruck der Lebensform in Wirtschaft, Gesellschaftsaufbau und Kunst von 1350 bis um 1500 - München, Leipzig, 1930

BECKMANN
Johann

Sammlung auserlesener Landesgesetze, welche das Polizey- und Cameralwesen zum Gegenstand haben, Frankfurt /M.,1786 - 1793

von BELOW
Georg

Die Motive der Zunftbildung im deutschen Mittelalter, in: Historische Zeitschrift Band 109 (1912)S. 23

BERLEPSCH
H. A.

C hronik der Gewerke, St. Gallen, 1850 - 1853

BETHGE
Herbert

Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe (Berufliche Teilhabe an Staatsfunktionen oder Verstaatlichung berufsgrundrechtsgeschützter Tätigkeiten ?), Diss. Köln, 1968

BLÜMICH - BOYENS - STEINBRING - KLEIN - HÜBL

Kommentar zum Gewerbesteuergesetz, 8. Auflage, Berlin, Frankfurt, 1968
(zitiert: Blümich - Boyens)

BLÜMICH - FALK

Kommentar zum Einkommenssteuergesetz, Berlin, Frankfurt, 7. Auflage, 1955 und 9. Auflage, 1964
(zitiert: Blümich - Falk)

BÖHMERT
Victor

B eiträge zur Geschichte des Zunftwesens, Leipzig, 1862

BORNER
Heinz

Die Geschichte des Amtes der Barbiere und Chirurgen in der freien Hansestadt Lübeck, Diss. Berlin, 1934

BRÄUER Karl	Die Frage einer Heranziehung der Ärzte zur Gewerbesteuer (Ein Beitrag zur Erkenntnis des steuerlichen Charakters freiberuflicher Einkommen), Jena, 1929
BRANDI	Von der Freiheit der Advokatur, in: Anwälte zur Reform des Strafrechts und Standesrechts - Gedenkschrift für Dr. Josef Cüppers - Essen, 1955, Seite 13 ff.
BUCHWALD - TIEFENBACHER	Die zweckmäßige Gesellschaftsform nach Handels- und Steuerrecht, 2. Auflage, Heidelberg, 1961
BÜCHER Karl	Die Bevölkerung von Frankfurt /M. im 14. und 15. Jahrhundert, Tübingen, 1886
BÜLOW Friedrich	Zur Problematik des Berufsgedankens, in: Prüfung und Besteuerung der Betriebe - Festschrift für Wilhelm Eich - Berlin, 1959, Seite 15 ff.
COHEN Arthur	Die geistige Arbeit und ihre Vergeltung - Zur Theorie und Politik der geistigen Arbeit - München, 1910
DEHIO Georg	Geschichte der deutschen Kunst, Berlin, Leipzig, 1916 - 1934
DENEKE Volrad	Die freien Berufe, Stuttgart, 1956 (zitiert: Deneke (freie Berufe)) Freie Berufe, in: Staatslexikon, 6. Auflage, Freiburg, 1959, Band III, Spalte 505 ff.
DIEPGEN Paul	Geschichte der Medizin, Berlin, 1949

DÖHRING
Erich

Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin, 1953

DOPPELMAYR
Johann Gabriel

Historische Nachrichten von den Nürnbergischen Mathematicis und Künstlern, Nürnberg, 1730

DUNKMANN
K.

Stichworte "Beruf" und "Berufe" in: Handwörterbuch der Arbeitswissenschaft, Halle, 1930, Band I, Spalte 791 ff.

EBERMAYER
Ludwig

Arzt und Patient in der Rechtsprechung, 4. Auflage, Berlin, 1925

ERLER
Georg

Freiheit und Grenze berufsständischer Selbstverwaltung, Göttingen, 1952

ETMER - BOLCK

Kommentar zur Bundesärzteordnung, München, 1962

EVERLING
Otto

Die freien Berufe (3 Rundfunkvorträge), Berlin, 1929

FEHR
Hans

Zur Lehre vom mittelalterlichen Freiheitsbegriff, insbesondere im Bereiche der Marken, in: Mitteilungen des österreichischen Instituts für Geschichtsforschung Band 47 (1933), Seite 290 ff.

FEUCHTWANGER
Sigbert

Die freien Berufe - Versuch einer allgemeinen Kulturwirtschaftslehre - München, Leipzig, 1922
(zitiert: Feuchtwanger (freie Berufe))

Der Staat und die freien Berufe. Staatsamt oder Sozialamt ?, Königsberg, 1929
(zitiert: Feuchtwanger (Staat und freie Berufe))

	Die freien Berufe und das Steuerrecht, in : JW 1928, 937 ff.
	Kultur und Wirtschaft, in: JW 1928, 2768 ff.
FISCHER-DEFOY	Anstellungsbedingungen der Ärzte im Mittelalter, in: Medizinische Klinik 1910, 725 ff.
FLEISCHMANN Eugen	Die freien Berufe im Rechtsstaat, Schriften zum öffentlichen Recht Band 127, Berlin, München, 1970
FRIEDLÄNDER Adolf und Max	Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. 7. 1878, 2. Auflage, München, Berlin, Leipzig, 1920
FUHR Eberhard	Kommentar zur Gewerbeordnung, Neuwied /Rh., 1968
FUISTING	Die preußischen direkten Steuern: Band I (prEinkStG vom 24. 6. 1891), 4. Auflage, Berlin, 1899, Band III (prGewStG vom 24. 6. 1891), 2. Auflage, Berlin, 1900
G EIGER Theodor	Aufgaben und Stellung der Intelligenz in der Gesellschaft, Stuttgart, 1949
GEIGER Willi	Berufsfreiheit und Berufsregelung, in: Staatslexikon, Band I, 6. Auflage, Freiburg, 1957, Spalte 1112 ff.
GERSTENMAIER Eugen	Die geistige Schicht im Massenstaat, in: Das geistige Kapital 1957, 65 ff.
GNEIST Rudolf	Freie Advokatur, Berlin, 1867

GÖNNER
Nikolaus, Thaddäus
Der Staatsdienst, 1808

GOLZ
G.
Der beratende Ingenieur im Staat und seine Verantwortung, in: Schriftenreihe des Vereins beratender Ingenieure e. V., Essen, 1964 (Nr. 5), Seite 5 ff.

GUSKI
Hans-Günter
Die Skala der Einkommen, in: Der Leitende Angestellte 3/1970, Seite 4 ff.

HARTMANN
Nicolai
Das Problem des geistigen Seins, 2. Auflage, Berlin, 1949

HAUSER
Arnold
Sozialgeschichte der Kunst und Literatur, 2. Auflage, München, 1953

HEIL
Bernhard
Die deutschen Städte und Bürger im Mittelalter, Leipzig, 1903

HEINZE
Über Verbrechen gegen fremde Gemeinwesen, deren Güter und Angehörige, in: GoltdAArch Band 17 (1869), Seite 673 ff.

HERRMANN - HEUER
Kommentar zur Einkommenssteuer und Körperschaftssteuer, 14. Auflage, Köln, Loseblattausgabe, Stand 1971

HERSCHEL
Wilhelm
Freier Beruf und Arbeitsverhältnis - Dargestellt am Beispiel der Wirtschaftsprüfung und der Technischen Überwachung - Heidelberg, 1964
(zitiert: Herschel (Freier Beruf))

Staatsentlastende Tätigkeit im Arbeitsschutz, in: Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, München, Berlin, 1965, Band II, Seite 221 ff.
(zitiert: Herschel (Staatsentlastende Tätigkeit))

HERZOG
R oman
Stichwort "Berufsfreiheit" in: Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart, Berlin, 1966

HEUSS
Theodor
Organisationsprobleme der "freien Berufe", in: Festschrift für Lujo Brentano, München, Leipzig, 1916, Seite 237 ff.

HÖFFNER
Joseph
Wirtschaftsethik und Monopole im 15. und 16. Jahrhundert, Jena, 1941

HÖNN
Georg Paul
Betrugslexicon, Coburg, 1753

Nöthige Aufmunterung und Vorschlag zu Verkürtzung derer langwierigen Rechtsprocesse, Coburg, 1708
(zitiert: Hönn (Aufmunterung))

HÖPPNER
M.
Problematik und Widersprüche der Wirtschaftsprüferordnung, in: BB 1961, 1209 ff.

HOFFMANN
Heinrich
Gesundheitsrecht und Berufsfreiheit, in: DVBl. 1962, 541 ff.

Die Verstaatlichung von Berufen, in: DVBl. 1964, 457 ff.

HOLSTE
Heinrich
Rechtsanwälte, Sozialgerichtsbarkeit und Fachanwaltschaften, in: AnwBl. 1962, 109 ff.

HUBER
Ernst Rudolf
Wirtschaftsverwaltungsrecht Band I, 2. Auflage, Tübingen, 1953

HUGO von ST. VICTOR
D as Lehrbuch ("Didaskalikon"), übersetzt, eingeleitet und erläutert von Joseph FREUNDGEN, in: Sammlung der bedeutendsten pädagogischen Schriften Band 23, Paderborn , 1896

JACOB
Ludwig Heinrich

Grundsätze der Polizeigesetzgebung und der Polizeianstalten, 2. Auflage, Halle, 1837

KALSBACH
Werner

Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung, Köln, 1960

Standesrecht des Rechtsanwalts, Köln, 1956
(zitiert: Kalsbach (Standesrecht))

KELTER
Ernst

Geschichte der obrigkeitlichen Preisregelung, in : Bonner Staatswissenschaftliche Untersuchungen
Band 21 (1935)

von KEMSKI
Jürgen

Wissenschaft als freier Beruf, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie 1953 / 1954, Seite 423 ff.

KEUTGEN
Friedrich

Ämter und Zünfte (zur Entstehung des Zunftwesens), Jena, 1903
(Neudruck: Aalen 1965)
(zitiert: Keutgen (Ämter))

Urkunden zur städtischen Verfassungsgeschichte, Berlin, 1899

KLEMM
Friedrich

Technik - eine Geschichte ihrer Probleme, Freiburg, 1954

KNÖPFLER
J. Franz

Eidesformeln für Arzt, Apotheker, Hebamme, Wundarzt und Frauenwirt zu Amberg aus dem 15. Jahrhundert, Taxordnung für den Stadtarzt daselbst 1561, in: Archiv für Geschichte der Medizin, Band 11 (1919), Seite 318 ff.

KOCH
Josef

Artes liberales -
von der antiken Bildung zur Wissenschaft des Mittelalters, hrsg. von Josef Koch, Leiden, Köln, 1959
(zitiert: artes liberales)

KRAFT
Heinz
Die Entwicklung des Zunftwesens und die geistesgeschichtlichen Grundlagen der Gewerbefreiheit, in: Z. f. ges. StWiss. Band 106, (1950), Seite 54 ff.

KRAHL
Erich
Das Handwerks - Ehrenstrafrecht nach der 1. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 15. Juni 1934, Diss. Halle, 1936

KRAUS
J.
Ärzte, Apotheker usw. in Frankenthal im 16. - 19. Jahrhundert, in: Monatsschrift des Frankenthaler Altertums Vereins, 1910, 27 ff.

KRIEGK
Georg Ludwig
Deutsches Bürgerthum im Mittelalter, Frankfurt /M., 1868

KRÜGER
Herbert
Allgemeine Staatslehre, Stuttgart, 1964

KRUTOFF
Leo
Die Mayo - Klinik, Düsseldorf, Wien, 1965

KÜHN
Alfred
Die freien Berufe in der Sozialordnung, in: Sozialpolitik in Deutschland Band 45, Stuttgart, 1962

LACH
Ausübung freier Berufe durch juristische Personen, in: BB 1962, 688 ff.

LANDMANN - ROHMER - EYERMANN - FRÖHLER - RITGEN
Kommentar zur Gewerbeordnung, 12. Auflage, München, Berlin, Loseblattausgabe, Stand 1969 (zitiert: Landmann - Rohmer)

LEIBBRAND
Werner und Annemarie
Kompendium der Medizingeschichte, München, 1964

LEISNER
Walter
Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR Band 93, (1968), Seite 161

LITTMANN Eberhard	Das Einkommenssteuerrecht, 8. Auflage, Stuttgart, 1966
LÜBEN Gerhard	Die Fundamente der freien geistigen Berufe, Köln, Berlin, 1959
LÜTGE Friedrich	Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 2. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960
MAGNUS Julius	Die Rechtsanwaltschaft, Leipzig, 1929
MARBACH Fritz	Theorie des Mittelstandes, Bern, 1942
MASCHKE Erich	Verfassung und soziale Kräfte in der deutschen Stadt des späten Mittelalters, vornehmlich in Oberdeutschland, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 1959, Seite 289 ff. und 433 ff.
MEYER Moritz	Geschichte der preußischen Handwerkerpolitik, Minden, 1884 und 1888
MITSCHERLICH Alexander	Die Idee des Friedens und die menschliche Aggressivität, Frankfurt /M., 1969 (Bibliothek Suhrkamp Band 233)
MÜTHLING Hans	Gewerbesteuergesetz, 2. Auflage, München, Loseblattausgabe, Stand 1969
MUMMENHOFF Ernst	Der Handwerker in der deutschen Vergangenheit, 2. Auflage, Jena, 1924

MYLIUS Christian Otto	Corpus Constitutionum Marchicarum, hrsg. von Christian Otto Mylius, Teil II, Berlin, Halle, 1737
NEUENFELD Klaus	Handbuch des Architektenrechts, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Loseblattausgabe, Stand 1969
NOAK Erwin	Kommentar zur Reichsrechtsanwaltsordnung in der Fassung vom 21.2.1936, 2. Auflage, Leipzig, 1937
ORTLOFF Johann Andreas	Corpus Juris Opificiarii oder Sammlung von allgemeinen Innungsgesetzen und Verordnungen für die Handwerker, Erlangen, 1804
OSTLER Fritz	Der deutsche Rechtsanwalt - Das Werden des Standes seit der Reichsgründung - Karlsruhe, 1963
PAULUS N.	Die Wertung der weltlichen Berufe im Mittelalter, in: Historisches Jahrbuch Band 32 (1911), Seite 725 ff.
PLANITZ Hans	Die deutsche Stadt im Mittelalter, Köln, 1954
POTTHOFF O. D.	Kulturgeschichte des deutschen Handwerks, Hamburg, 1938
REDEKER Konrad	Kammerbegriff und Grundgesetz, in: DVBl. 1952, 201 ff. und 239 ff.
REUSS Hermann	Anmerkung zu BVerwGE vom 10.5.1955 - I C 121/53 - und - I C 143/53 - in: NJW 1955, 1532
RIEHL Wilhelm Heinrich	Die deutsche Arbeit, 3. Auflage, Stuttgart, Berlin, 1883

RITTNER
F ritz

Unternehmen und Freier Beruf als Rechtsbegriffe, in: Recht und Staat Band 261/262, Seite 3 ff.

ROGGE
H einrich

D as Dogma: Freiheit der freien Berufe unvereinbar mit ihrer Eingliederung in die Sozialversicherung, in: Das geistige Kapital 1958, 71 ff.

von ROHRSCHEIDT
Kurt

Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit, Berlin, 1898

Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Auflage, Band I, Berlin, 1920 (zitiert: von Rohrscheidt (Kommentar))

ROSE
G erd

Zur Steuerbelastung der freien Berufe, Köln, 1971

RUDOLPH
Paul

Zunftverfassung und Gewerbefreiheit im preußischen Gewerberecht bis 1845, Diss. Jena, 1935

RÜSCHEMEYER
Dietrich

Freie und akademische Berufe, in: Wörterbuch der Soziologie, 2. Auflage, Stuttgart, 1969

RUNDE
Justus Friedrich

Grundsätze des gemeinen deutschen Rechts, 8. Auflage, Göttingen, 1829

RUPP
Hans Heinrich

Privateigentum an Staatsfunktionen, in: Recht und Staat Band 278

SCHARMANN
Theodor

Arbeit und Beruf - eine soziologische und psychologische Untersuchung über die heutige Berufssituation - Tübingen, 1956

SCHEUNER
U lrich

D ie freien Berufe im ständischen Aufbau, in: Festschrift für J. W. Hedemann, Jena, 1938, Seite 424 ff.

SCHILLING
Ernst Moritz

Lehrbuch des Stadt- und Bürgerrechts der deutschen Bundesstaaten, Leipzig, 1830

SCHMOLLER
Gustav

Das brandenburgisch - preußische Innungswesen von 1640 - 1806, in: Forschungen zur brandenburgisch - preußischen Geschichte Band 1 (1888) Seite 57 ff. und 325 ff.

SCHWER
Wilhelm

Stand und Ständeordnung im Weltbild des Mittelalters, 2. Auflage, Paderborn, 1952

SPAHTEN

Der teutsche Advokat, 2. Auflage, Jena, 1691 und 1695

SPANN
Wolfgang

Ärztliche Rechts- und Standeskunde, München, 1962

SPRINGER
Max

Die Coccejische Justizreform, Diss. Berlin, 1914

STINTZING
Roderich

Geschichte der populären Literatur des römisch - kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15. und im Anfang des 16. Jahrhunderts, Leipzig, 1867

STRICKER
Wilhelm

Die Geschichte der Heilkunde und der verwandten Wissenschaften in der Stadt Frankfurt /M., Frankfurt /M., 1847
(zitiert: Stricker (Geschichte))

Beiträge zur ärztlichen Culturgeschichte, Frankfurt /M., 1865
(zitiert: Stricker (Beiträge))

STROH
Walter

Ärztliche Bewerbungen, Berufungen, Bestallungen des 15. und 16. Jahrhunderts aus Esslingen sowie Verwandtes zum ärztlichen Standeswesen jener Zeit, Diss. Leipzig, 1920

TIEFENBACHER
Erhard

Ist der Verkauf einer Anwaltspraxis zulässig ? in: BB 1959, 473 ff.

TIMM
Albrecht

Technologie und Technik im Übergang zwischen Mittelalter und Neuzeit, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Band 46 (1959), Seite 350 ff.

TOFFLER
Alvin

Der Zukunftsschock, Bern, München, Wien, 1970

TRIEPEL
Heinrich

Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Leipzig, 1911, Band II, Seite 1 ff.

T RUSEN
Winfried

Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland, Wiesbaden, 1962

WAAS
Adolf

Die alte deutsche Freiheit, München, Berlin, 1939

WAGNER
Gertrud

Das Gewerbe der Bader und Barbiere im deutschen Mittelalter, Diss. Freiburg, 1917

WEBER
Max

Wirtschaft und Gesellschaft - Grundriß der verstehenden Soziologie - 4. neu herausgegebene Auflage, besorgt von Johannes Winckelmann, Tübingen, 1956; 3. Auflage, Tübingen, 1947

WEGE
Erich

Die Zünfte als Träger wirtschaftlicher Kollektivmaßnahmen, Stuttgart, 1930

WEISSLER
Adolf

Geschichte der Rechtsanwaltsschaft, Frankfurt /M., 1967 (unveränderter Nachdruck der Auflage Leipzig, 1905) (zitiert: Weissler (Geschichte))

Rechtsanwaltschaft am Scheideweg, in: JW 1911, 474 ff.

von WIESE Leopold	Gesellschaftliche Stände und Klassen, München, 1950
WILPERT Paul	Beiträge zum Berufsbewußtsein des mittelalterlichen Menschen, hrsg. von Paul Wilpert, Miscellanea Mediaevalia Band 31, Berlin, 1964 (zitiert: Wilpert)
WISSEL R udolf	Des alten Handwerks Recht und Gewohnheit Band I, Berlin, 1929
WOLTZENDORFF	Der deutsche Wundarzt des 16. und 17. Jahrhunderts, in: Die Grenzboten, 36. Jahrgang (1877), Seite 161 ff.
ZAHN Friedrich	Beruf und Berufsstatistik, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 4. Auflage, Jena, 1924
ZELLER W.	Integration der Freischaffenden in die Massengesellschaft, in: Schriftenreihe des Vereins beratender Ingenieure e. V., Essen, 1964 (Nr. 5), Seite 15

Abkürzungsverzeichnis

a. (A.) A.	= anderer Ansicht
aaO.	= am angegebenen Ort
ABl.	= Amtsblatt
Abs.	= Absatz
a. F.	= alte Fassung
AktG	= Aktiengesetz
Anm.	= Anmerkung
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis, herausgegeben von Hueck - Nipperdey - Dietz, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
BÄrzteO	= Bundesärzteordnung
BApothG	= Bundesapothekengesetz
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	= Der Betriebsberater
BBG	= Bundesbeamtengesetz
Bd.	= Band
BFH	= Bundesfinanzhof
BFHE	= Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNotO	= Bundesnotarordnung
BRAO	= Bundesrechtsanwaltsordnung
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BStBl.	= Bundessteuerblatt
BTierärzteO	= Bundestierärzteordnung

BVerb. d. fr. Be.	= Bundesverband der freien Berufe
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	= beziehungsweise
ca.	= circa
CCM	= Corpus Constitutionum Marchicarum
d. h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DTV	= Deutscher Taschenbuchverlag
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EFG	= Entscheidungen der Finanzgerichte
Einl.	= Einleitung
eGmbH	= eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung
EStDV	= Einkommensteuerdurchführungsverordnung
EStG	= Einkommensteuergesetz
etc.	= et cetera
f (f).	= folgende
FinG	= Finanzgericht
FR	= Frankfurter Rundschau
GewO	= Gewerbeordnung
GewStG	= Gewerbesteuergesetz
GG	= Grundgesetz
ggf.	= gegebenenfalls
GoltdAArch	= Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
HAG	= Hebammengesetz
HGB	= Handelsgesetzbuch
h. M.	= herrschende Meinung
Hrsg. (hrsg.)	= Herausgeber (herausgegeben)

HwO	= Handwerksordnung
i. d. F.	= in der Fassung
i. e. S.	= im engeren Sinn
IHkG	= Industrie- und Handelskammergesetz
i. V. m.	= in Verbindung mit
i. w. S.	= im weiteren Sinn
JW	= Juristische Wochenschrift
Kap.	= Kapitel
n. Chr.	= nach Christus
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
o. ä.	= oder ähnliche (s)
OVG	= Oberverwaltungsgericht
PatentAO	= Patentanwaltsordnung
prAGO	= preußische Allgemeine Gerichtsordnung
prALR	= preußisches Allgemeines Landrecht
prEinkStG	= preußisches Einkommenssteuergesetz
PresseG	= Pressegesetz
prGewStG	= preußisches Gewerbesteuergesetz
prGS	= preußische Gesetzessammlung
prOVG St	= Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts in Steuersachen
prStGB	= preußisches Strafgesetzbuch
RA	= Rechtsanwalt
Rdnr.	= Randnummer
RFH	= Reichsfinanzhof
R FHE	= Entscheidungen des Reichsfinanzhofs
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGewO	= Reichsgewerbeordnung
RRAO	= Reichsrechtsanwaltsordnung
Rspr.	= Rechtsprechung
RStBl.	= Reichssteuerblatt

S.	= Seite
SeelotsG	= Seelotsengesetz
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
s. (S.)o.	= siehe oben
sog.	= sogenannt (e)
Sp.	= Spalte
StBerG	= Steuerberatergesetz
s. (S.)u.	=siehe unten
u. a.	= unter anderem, und andere (s)
u. U.	= unter Umständen
v.	= von, vom
v. Chr.	= vor Christus
vgl. (Vgl.)	= vergleiche
WprO	= Wirtschaftsprüferordnung
ZahnheilkG	= Zahnheilkundegesetz
z. (Z.) B.	= zum Beispiel
Z. f. ges. StWiss.	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Ziff.	= Ziffer
z. (Z.) T.	= zum Teil

TEIL I

E i n l e i t u n g

Zur Problemstellung der Arbeit

Es vergeht kaum eine Woche, in der Zeitungen nicht in irgendeinem Z usammenhang über die "freien Berufe" berichten. Überschriften wie "Freie Berufe diskutieren ihre Altersversorgung," "Freie Berufe wehren sich", "Freie Berufe wollen stärkere Entlastung" und "Freie Berufe zwischen Tradition und Rentabilität" [1] künden von den Problemen und Sorgen der "freien Berufe". Diese Schlagzeilen erwecken den Eindruck, als ob in den nachfolgenden Berichten immer von einer bestimmten, klar umrissenen Gruppe von Berufen die Rede sein müsse. Diese und ähnliche Meldungen beschäftigen sich jedoch mit Themen aus Berufsbereichen, die kaum Gemeinsamkeiten erkennen lassen. Es geht um das Standesrecht der Ärzte, um Gebührenordnungen für Rechtsanwälte, um die Konkurrenz behördlicher Architekten, um den Schutz der Berufsbezeichnung "Ingenieur", um Steuererleichterungen für Künstler, um die Verstaatlichung von Apotheken und vieles mehr. Wo liegt hier das verbindende Moment? Der Begriff "freie Berufe" ist zwar allgemein bekannt und gebräuchlich, die Verkehrsanschauung ist hinsichtlich seines Inhalts und seiner Bedeutung aber sehr unsicher. Bei einer Umfrage, was man sich unter einem "freien Beruf" vorzustellen habe, folgt in der Regel als Erwiderung keine Erklärung, sondern die Aufzählung einiger Berufe. Es werden mit Bestimmtheit der Arzt und der Rechtsanwalt, vielleicht noch der Künstler genannt, selber zweifelnd wird der Apotheker und Notar erwähnt, und häufig endet die Antwort in der Vermutung, daß wohl jeder wirtschaftlich Selbständige einen freien Beruf ausübe. Eine ähnliche Unsicherheit offenbart sich seit jeher in Literatur und Rechtsprechung. So stellte H e u s s schon im Jahre 1916 fest, der geläufige Begriff des freien Berufs sei eine überlieferte Sprachgewöhnung,

1) Vgl. z. B. die Berichte im "Handelsblatt" vom 30. 5. 1969 und in der "Frankfurter Rundschau" vom 24. 3. 1970 und vom 16. 6. 1971

mit der man in concreto nicht viel anfangen könne. [2] Einige Jahre später ließ es der Reichsfinanzhof (RFH) in einem Urteil offen, ob der Begriff des freien Berufs noch zurecht in den Gesetzen Verwendung finde. [3] Im Wörterbuch der Soziologie stellt R ü s c h e m e y e r fest: "Der Begriff des freien Berufs ist unpräzise und mehrdeutig." [4] Auch im Ausland bestand und besteht keineswegs Einigkeit darüber, welche Tätigkeitsbereiche den freien Berufen zuzurechnen sind. [5]

Gefühlsmäßig und traditionell ist jedoch noch heute in der Gesellschaft ein Gegensatz zwischen "freiem Beruf" und "Gewerbe" als bestehend anerkannt, [6] und gerade eine Anzahl der neueren deutschen Berufsgesetze legt einen solchen Unterschied zugrunde. So heißt es mitunter, der betreffende Beruf sei kein "Gewerbe" [7], oder es wird ausdrücklich davon gesprochen, es handele sich um einen "freien Beruf". [8] An keiner Stelle aber erklärt der Gesetzgeber, was er unter einem freien Beruf versteht. Er beschränkt sich allein auf die Klarstellung, daß der Angehörige eines freien Berufs kein Gewerbe betreibt. Damit ist

---

2) H e u s s : Organisationsprobleme der 'freien Berufe', in der Festschrift für Lujo Brentano (1916), S. 237 ff.

3) RFHE vom 15.7.1924 in Bd. 14, S. 145 ff. (149)

4) R ü s c h e m e y e r : Freie und akademische Berufe, in: Wörterbuch der Soziologie, 2. Aufl. (1969)

5) Vgl. Z a h n im Handwörterbuch der Staatswissenschaft, 4. Aufl. (1924) Stichwort: "Beruf und Berufsstatistik"

6) So schon F e u c h t w a n g e r : Die freien Berufe - Versuch einer allgemeinen Kulturwirtschaftslehre (1922), S. XI

7) § 2 Abs. 2 HAG v. 21.12.1938 (RGBl. I, S. 1893), § 2 BNotO v. 24.2.1961 (BGBl. I, S. 98), § 1 Abs. 2 StBerG v. 16.8.1961 (BGBl. I, S. 1301), § 1 Abs. 3 ZahnheilkG v. 31.12.1963 (BGBl. III 2123 - 1, S. 38 ff.)

8) § 2 Abs. 1 BRAO v. 1.8.1959 (BGBl. I, S. 565), § 2 Abs. 1 PatentAO v. 2.9.1966 (BGBl. I, S. 537), § 1 Abs. 2 BÄrzteO v. 4.2.1970 (BGBl. I, S. 237), § 1 Abs. 2 WprO v. 24.7.1961 (BGBl. I, S. 1049)

aber wenig geholfen, denn es findet sich auch nirgends eine gesetzliche Definition des Begriffs "Gewerbe". So hat z. B. die Gewerbeordnung einen bestimmten Begriff des Gewerbes nicht aufgestellt und auch nicht aufstellen wollen. [9]

Wenn schließlich in der Literatur versucht wird, den Begriff des Gewerbes zu bestimmen als "jede selbständige, erlaubte, auf Dauer berechnete Tätigkeit, sofern sie nicht in den Bereich der freien Berufe (Arzt, Tierarzt, Rechtsanwalt, Steuerberater usw.) fällt", [10] dann bewegt man sich im Kreis. Dieses wechselseitige Ersetzungsverfahren führt nicht zum Ziel. In einer Gleichung können nicht auf einmal zwei und mehr Unbekannte entschlüsselt werden. Nur wenn der Inhalt des eines Begriffs geklärt wird, kann auch der andere Begriff schärfere Konturen gewinnen.

Der Bundesverband der freien Berufe schrieb 1958 in einem Gutachten, [11] bis in die neueste Zeit sei die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Begriff "freie Berufe" und die Einordnung der hierunter fallenden Berufsgruppen in die Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung vernachlässigt worden. Diese Einsicht ist im wesentlichen noch heute, mehr als zehn Jahre später, zutreffend. [12] Es erscheint daher lohnend, den Begriff des "freien Berufs" auf seinen Inhalt und seine Brauchbarkeit hin zu untersuchen, um ihm dann - entsprechend dem Ergebnis - den ihm gebührenden Platz zuweisen zu können.

---

9) Vgl. RGZ 1, 265 (267); 66, 143 (145)

10) Vgl. H e r z o g : "Berufsfreiheit" in: Evangelisches Staatslexikon (1966), Sp. 155 ff. und RFHE 28, 26

11) "Gutachten zur Frage der Gewerbesteuerpflicht von prüfenden und beratenden Berufen bei Beschäftigung qualifizierter Angestellter" vom 23.6.1958, abgedruckt in einem Beiheft zu "Das geistige Kapital"

12) Zwar ist immer wieder über die freien Berufe geschrieben worden (in jüngerer Zeit besonders von D e n e k e : Die freien Berufe, Stuttgart, 1956 und F l e i s c h m a n n : Die freien Berufe im Rechtsstaat, Berlin, München, 1970), es ist aber nie gelungen und oft auch nicht ernsthaft versucht worden, ein gemeinsames Merkmal aller "freien" Berufe zu finden, das sie von allen anderen (nicht freien) Berufen zu scheiden in der Lage wäre.

TEIL II

Hauptteil

§ 1

"Freie Berufe" - eine Kategorie des Steuerrechts

I

Das wissenschaftliche und praktische Interesse an einer Klärung des Begriffs "freie Berufe"

Die Beantwortung der Frage nach dem Inhalt des Begriffs "freie Berufe" hat nicht nur akademisch-wissenschaftliche Bedeutung, sie ist vielmehr von allgemeinem praktischen Interesse. Wer einen freien Beruf ausübt, unterliegt speziellen Bindungen und hat besondere Rechte. Unter Hinweis auf die tatsächliche oder angebliche Freiheit bestimmter Berufe wurden Verbote ausgesprochen und Forderungen erhoben: Ärzten und Rechtsanwälten wurde der Verkauf ihrer Praxis untersagt, da "diese Berufe frei sein müssen." [13] Mit derselben Begründung versuchten Mediziner, die Unzulässigkeit einer gesetzlichen Zwangsversicherung nachzuweisen. [14] Eine Hebamme vertrat die Ansicht, die Tätigkeit im freien Beruf dürfe altersmäßig nicht begrenzt werden. [15] Auch sie berief sich zur Unterstützung ihrer Auffassung auf das "Wesen der freien Berufe".
Oft wird die "Freiheit" eines Berufs nur "als Schlagwort gebraucht und mißbraucht zur Begründung der unterschiedlichsten Standpunkte in Gesetzentwürfen, Aufsätzen, Streitschriften und Reden, nicht zuletzt auch bei den Erörterungen um eine Altersvorsorge des anwaltlichen Berufsstandes." [16] Worum es sich aber beim viel zitierten "Wesen der freien

---

13) Vgl. RGZ 66, 143

14) BVerfGe 10, 354

15) BVerfGE 9, 338

16) B r a n d i : Von der Freiheit der Advokatur, in: "Anwälte zur Reform des Strafrechts und Standesrechts - Gedenkschrift für Dr. Josef Cüppers" S. 14

Berufe" handelt, was das diesen Berufen Gemeinsame ist und warum sich daraus die jeweils behaupteten Folgerungen ergeben sollen, bleibt ungeklärt. Soweit überhaupt auf diese Fragen eingegangen wird, begnügt man sich häufig mit dem Hinweis, der betreffende Beruf gehöre traditionell zu den freien Berufen, bzw. er sei kein freier Beruf, sondern ein Gewerbe, weil er nicht um seiner selbst willen ausgeübt werde. [17] Das Erwerbsstreben zum Kriterium für den Unterschied zwischen freiem Beruf und Gewerbe zu machen, erscheint aber auf den ersten Blick hin problematisch, wenn man bedenkt, daß jeder Beruf "seinen Mann ernähren muß". [18]

Dieser Gegensatz Gewerbe - freier Beruf und das Problem der richtigen Einordnung der Berufe hätte praktisch geringere Bedeutung gehabt und sicher weniger häufig den Streitstoff für Prozesse geliefert, wenn nicht wichtige steuerrechtliche Folgen damit verbunden wären. Die freien Berufe waren in der Vergangenheit zumeist nicht gewerbesteuerpflichtig. [19] Sie werden auch nach dem heute geltenden Gewerbesteuergesetz (GewStG) vom 25. 5. 1965 nicht zur Gewerbesteuer herangezogen. [20]
Auch das derzeitige Einkommensteuergesetz (EStG) i. d. F. vom 1. 12. 1971 (BGBl. I, S. 1862) mit weiteren Änderungen unterscheidet "Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit", "Einkünfte aus Gewerbebetrieb" und "Einkünfte aus selbständiger Arbeit". Eine Unterabteilung der letzten Gruppe bilden die "Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit". Diese werden seit einigen Jahren insofern begünstigt, als gemäß § 18 Abs. 4 EStG bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens 5 % der Einnahmen, höchstens jedoch

---

17) RFHE 1, 129 (130) und 3, 316 (317)

18) Auf diese Frage wird später noch ausführlich eingegangen.

19) Vgl. hierzu B r ä u e r : Die Frage einer Heranziehung der Ärzte zur Gewerbesteuer, Jena (1929), außerdem L a n d m a n n - R o h m e r : Kommentar zur Gewerbeordnung, 12. Aufl., München, Berlin (1969), Einl. Rdnr. 88 und 100, und B l ü m i c h - B o y e n s : Kommentar zum Gewerbesteuergesetz, 8. Aufl., Berlin, Frankfurt /M (1968), § 2 Anm. 54 a (3)

20) § 2 Abs. 1 GewStG i. V. m. § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG

1200,-- DM jährlich abgesetzt werden können, wenn die Einkünfte aus der freiberuflichen Tätigkeit die anderen Einkünfte überwiegen. Gerade wegen der steuerlichen Vorteile der freien Berufe kämpften und kämpfen einige Berufsgruppen manchmal jahrzehntelang um die offizielle Anerkennung als "freier Beruf", und es ist kein Zufall, daß Gesetzgeber, Gerichte und Literatur sich vornehmlich im Zusammenhang mit steuerrechtlichen Fragen um eine Fixierung dieses problematischen Begriffs bemüht haben. Auf jeden "Außenseiter" muß nämlich eine gesetzliche Aufzählung von selbständig Tätigen, die keine Gewerbesteuer zu bezahlen brauchen und noch zusätzlich einen nicht geringen steuerlichen Freibetrag zugestanden erhalten, wie eine willkürliche Privilegierung bestimmter Berufe wirken, wenn bei diesen nicht eine innere Verwandtschaft erkennbar ist, die eine derartige Sonderbehandlung rechtfertigt. [21]

Der Gesetzgeber stellt uns keine Definition des Begriffs "freier Beruf" zur Verfügung, er bezeichnet, wie schon erwähnt wurde, nur in einigen Berufsgesetzen die entsprechenden Berufe als "freie" Berufe. [22] Darüber hinaus nennt er in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG eine Reihe weiterer Beschäftigungen, deren Ausübung er als "freie" ansieht: "Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratende Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigten Bücherrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnliche Berufe." Worin die Gemeinsamkeit der angeführten Berufe bestehen soll, ist nicht ohne weiteres festzustellen. Es fällt jedoch auf, daß es sich bei den freien Berufen zumindest nicht um einen numerus clausus handelt, denn "frei" sind auch die den aufgezählten Berufen ähnlichen Berufe. [23]

---

21) Vgl. F e u c h t w a n g e r : Der Staat und die freien Berufe. Staatsamt oder Sozialamt ? , Königsberg (1929), S. 7

22) S. o. Fußnote 8)

23) Schon 1924 trat der RFH der vereinzelt vertretenen Ansicht entgegen, daß die Zahl der freien Berufe geschlossen sei. Vgl. RFH v. 15. 7. 1924, RFHE 14, 145 (149)

Fraglich ist nun, welcher Vergleichsmaßstab zugrunde zu legen ist, wenn man die Ähnlichkeit mit einem der ausdrücklich genannten freien Berufe erkennen will. Die amtliche Begründung zum EStG von 1934 gibt hierauf auch keine Antwort. "Welche Berufe als freie Berufe anzusehen sind, bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung", soweit die angeführten Beispiele keinen Aufschluß geben. [24] Die Verkehrsanschauung aber war seit jeher in dieser Hinsicht unsicher. Gerade wegen der besonderen Unbestimmtheit des Begriffs "freier Beruf" kam es fortlaufend zu Zweifeln, die der Gesetzgeber dadurch löste, daß er einen immer umfangreicheren Katalog von anerkannten freien Berufen aufstellte. Da dieser Erweiterung kein erkennbares und überzeugendes System zugrunde lag und kein wirklich brauchbares Kriterium zur Verfügung stand, das geeignet war, die "freien" Berufe von den anderen zu scheiden, entstand im Laufe der Zeit eine Liste von Berufen, die anscheinend kaum etwas Gemeinsames hatten, außer eben der Tatsache, daß sie nicht zur Gewerbesteuer herangezogen wurden. So sind Berufe, die jahrzehntelang nahezu antithetisch den freien Berufen gegenübergestellt worden waren, [25] heute ausdrücklich in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG als freie Berufe genannt. Die erwähnte Entwicklung läßt sich recht deutlich anhand der Rechtsprechung in der Vergangenheit und des sich wandelnden Wortlauts der verschiedenen Steuergesetze nachweisen.

II

Die "freien Berufe" in der Steuergesetzgebung und der Rechtsprechung

Soweit ersichtlich, wurde im EStG vom 29. 3. 1920 (RGBl I Nr. 57) überhaupt zum ersten Mal vom Gesetzgeber der Begriff "freier Beruf"

---

24) Vgl. RStBl. 1935, 33 (42)

25) Z. B. Heilpraktiker (prOVG St 4, 429), Bücherrevisoren (prOVG St 3, 349), Lotsen (prOVG St 5, 389)

verwandt. Man unterschied "Einkommen aus Gewerbebetrieb" und "Einkommen aus Arbeit". Zum letzteren wurde u. a. gerechnet: "der Erwerb aus wissenschaftlicher, unterrichtender oder erziehender Tätigkeit, aus der Berufstätigkeit der Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten, Ingenieure und der Ausübung anderer freier Berufe." [26] Diese Bestimmung wurde im wesentlichen unverändert als § 35 Abs. 1 Ziff. 1 in das EStG vom 10. 8. 1925 unter der Überschrift "Einkünfte aus sonstiger selbständiger Berufstätigkeit" übernommen. Die entsprechenden Berufe wurden also wiederum, obwohl selbständig ausgeübt, nicht als Gewerbe aufgefaßt. Diese Anschauung kommt auch schon in § 4 Nr. 7 des Preußischen GewStG vom 24. 6. 1891 zum Ausdruck, an den sich die Vorschrift des § 9 Nr. 2 EStG (1920) bzw. des § 35 Abs. 1 Nr. 1 EStG (1925) offenbar anlehnte. [27] Nach § 4 Nr. 7 prGewStG unterlag der Steuer nicht: "die Ausübung eines amtlichen Berufes, der Kunst, einer wissenschaftlichen, schriftstellerischen, unterrichtenden oder erziehenden Tätigkeit, insbesondere auch des Berufes als Arzt, als Rechtsanwalt, als vereideter Land- und Feldmesser, sowie als Markscheider." In der Begründung zu diesem Gesetzentwurf hieß es u. a., die bezeichneten Erwerbszweige gehörten nach der allgemeinen Volksanschauung überhaupt nicht zu den Gewerben und seien lediglich aufgeführt, um etwaigen Mißdeutungen vorzubeugen. [28] Man vermied aber wiederum jeden Hinweis darauf, worin nun eigentlich der grundsätzliche Unterschied zwischen diesen Berufen und den Gewerben zu finden sei, und man war sich wohl auch allgemein keineswegs darüber im Klaren.

Die Entscheidungen des Gesetzgebers, aber auch die der Rechtsprechung ergingen auf diesem Gebiet offensichtlich weniger rational, als vielmehr gefühlsmäßig von Fall zu Fall. Einmal hieß es, die freien Berufe müßten "in ihrer letzten Wurzel auf Geistesdisziplinen zurückgehen", [29] dann wieder wurde gesagt, sie könnten in der Regel nur ausgeübt werden, "wenn eine volle wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung vorangegangen" sei. [30] Trotzdem hatte der RFH keine Bedenken,

---

26) Siehe § 9 Ziff. 2 EStG (1920)
27) RFHE 14, 145 (146)
28) Vgl. F u i s t i n g : "Die preußischen Steuern", Bd. III (prGewStG vom 24. 6. 1891), 2. Aufl., Berlin (1900), § 4 Anm. 13
29) RFHE 1, 129 (130). Vgl. schon prOVG St 3, 349 und 4, 429
30) RFHE 14, 145 (147)

die Erteilung von Tanz- und Anstandsunterricht als freiberufliche Tätigkeit zu qualifizieren. [31] Andererseits wurde der Bücherrevisor von der Rechtsprechung nicht als Angehöriger eines freien Berufs anerkannt, [32] obwohl Buchführungskunde schon damals im Rahmen des Volkswirtschaftsstudiums gelehrt wurde. Man vertrat dabei die Ansicht, zu den freien Berufen könnten solche nicht gezählt werden, "die sich ausschließlich aus den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens heraus entwickelt haben und deren Ergebnisse kein wissenschaftliches Interesse erregen können, das über die unmittelbar praktischen Interessen der Wirtschaftszweige hinausgeht, der diese Berufe dienen." Aus diesem Gesichtspunkt müßten "gewerbliche Hilfsberufe, wie der des Buchsachverständigen aus dem Begriff der freien Berufe ausscheiden."

Dessen ungeachtet wurde u. a. der Buchsachverständige, dessen berufliche Tätigkeit sich zwischenzeitlich nicht entscheidend geändert hatte, 1934 im neuen EStG ausdrücklich als freier Beruf behandelt. [33] Schon 1928 hatte der RFH selbst Zweifel angemeldet, ob er an seiner alten Rechtsprechung bezüglich der Stellung des Bücherrevisors würde festhalten können. [34] Ähnlich verlief die Entwicklung bei anderen Berufen. Dem altruistisch und um der Wissenschaft willen handelnden - und damit freiberuflich tätigen - approbierten Arzt, stellte man den Heilkundigen gegenüber, der aus dem Heilen ein Geschäft mache und daher Gewerbetreibender sei. [35] Das EStG von 1934 bezeichnet nun auch den Heilpraktiker als Angehörigen eines freien Berufes.

Die Hebammen hatte schon der preußische Finanzminister in einer Anweisung vom 4. 11. 1895 zur Ausführung des GewStG vom 24. 6. 1891 von der Gewerbesteuerpflicht befreit und sie u. a. den Künstlern, Wissenschaftlern und approbierten Ärzten gleichgestellt. [36] Dagegen

31) RFHE 2, 155

32) Vgl. prOVG St 3, 349; RFHE 1, 129 und 14, 145

33) Siehe § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG

34) RFHE 24, 241 (242)

35) Vgl. F u i s t i n g Bd. II (prEinkStG vom 24. 6. 1891) 4. Aufl., Berlin (1899) S. 5 und Bd. III, S. 63; prOVG St 4, 429 (431)

36) Siehe Art. 9 Nr. 3 der Anweisung, abgedruckt bei F u i s t i n g Bd. III, S. 234

sah der RFH die Hebammentätigkeit als eine gewerbliche an.[37] Gut zehn Jahre später hieß es in § 2 Abs. 2 des Hebammengesetzes (HAG) vom 21. 12. 1938 wörtlich: "Der Hebammenberuf ist kein Gewerbe."

Beispiele dieser Art ließen sich leicht vermehren. Immer neue Berufe bemühten sich, in den Genuß der Steuervergünstigungen zu gelangen, und der Rechtsprechung fiel es von Mal zu Mal schwerer, überzeugend zu begründen, warum es diese Vorteile dem einen gewährte und dem anderen versagte. Es gelang nicht, allgemein gültige Abgrenzungskriterien für die Begriffe "Gewerbe" und "freier Beruf" zu finden. Der RFH selbst war inkonsequent, wenn er z. B. eine wissenschaftliche Vorbildung als wesentlich für die freien Berufe ansah und trotzdem Tanzlehrer als Freiberufler behandelte. Zudem führte der Gesetzgeber immer neue Berufe, die kaum in die entwickelte Systematik paßten, beispielhaft als freie Berufe auf (Heilpraktiker, Bücherrevisoren u. a.).
In der Rechtsprechung äußerte und äußert sich zunehmend eine gewisse Hilflosigkeit gegenüber dieser Entwicklung. Sie fragt bei ihren Entscheidungen nicht mehr nach erkennbaren Wesensunterschieden der einzelnen Berufe. Begründungen wie "Tätigkeit um ihrer selbst willen"[38] oder "Erwerbszweck tritt hinter der idealen Seite des Berufs in den Hintergrund"[39] werden zu Leerformeln. So war das Gewinnstreben zum Beispiel bei den Bücherrevisoren, die lange Zeit als Gewerbetreibende bezeichnet wurden, sicher schon zu Beginn dieses Jahrhunderts nicht stärker entwickelt als etwa bei den "freiberuflichen" Medizinern. Wer wollte überdies im Ernst behaupten, daß Bücherrevisor und Arzt, die heute beide im Katalog des § 18 Abs. 4 EStG aufgeführt sind, weniger Wert als andere auf das Geldverdienen legen?[40] Mit wieviel Mühe die Grenze zwischen den freien Berufen und den Gewerben verteidigt wird, offenbart sich in Sätzen wie den folgenden: Bezüglich der Anerkennung als freier Beruf "muß jedoch Vorsicht walten, damit schließlich nicht alle Berufe unter freie Berufe fallen, die nicht Industrie, Handwerk oder Handel im gewöhnlichen Sinne sind."[41] "Der Begriff des freien Berufs besteht nun einmal in den Gesetzen auch heute noch. Ob unter den derzeitigen gegenüber früher veränderten Verhältnissen mit Recht, muß dahingestellt bleiben. Jedenfalls darf er, solange er besteht, nicht ausgeschaltet werden."[42]

---

37) RFHE v. 30.5.1927 in: RFHE 21, 245
38) RFHE 1, 129 (130)
39) RFHE 14, 145 (148)
40) Siehe dazu auch unten § 4 III 5 und 6
41) RFHE 14, 145 (149) und 21, 245 (246)
42) RFHE 14, 145 (149)

Diese pragmatische Einstellung beherrscht auch heute noch die Rechtsprechung in Steuersachen. Der BFH hat es aufgegeben, eine innere Verwandtschaft aller in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG aufgezählten Berufsgruppen zu suchen. Ob ein Beruf "ähnlich" ist im Sinne dieser Bestimmung, entscheidet er unabhängig von einer eventuellen Wesensgemeinsamkeit aller genannten Berufe. Allein maßgeblich für die Qualifizierung eines nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber erwähnten Berufs als "freier Beruf" ist die Ähnlichkeit mit einem dieser Berufe. Es darf bei der Beurteilung der Ähnlichkeit weder auf die Vorbildung, noch auf eine wissenschaftliche Grundlage abgestellt werden, entscheidend ist allein die Ähnlichkeit. [43] In dem Prozeß eines Architekten, der als selbständiger Bauschätzer tätig war, führte der BFH aus, § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG verlange weder einen akademischen Beruf, noch eine gehobene Tätigkeit, noch sei eigenschöpferische Betätigung erforderlich. [44] Der BFH verzichtet also bewußt darauf, aus dem Berufskatalog des § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG eine Definition des Begriffs "freier Beruf" herzuleiten. Er geht bei seinen Entscheidungen einfach davon aus, daß die aufgezählten Berufe nach dem souverainen Willen des Gesetzgebers nicht als Gewerbe behandelt werden und daher in den Genuß gewisser steuerlicher Vorteile gelangen sollen.
Beim Begriff des freien Berufs handelt es sich also um einen Begriff des Steuerrechts. Zu prüfen bleibt, ob die unter diesem Begriff zusammengefaßten Berufe sich über ihre steuerrechtliche Sonderstellung hinaus durch besondere Gemeinsamkeiten auszeichnen.

§ 2

Gibt es eine besondere Freiheit der "freien" Berufe ?

Bei dieser Untersuchung empfiehlt es sich, nicht gleichzeitig alle in

---

43) BFHE BStBl III 1964, 136 und 154, 147

44) BFHE BStBl III 1959, 267

steuerrechtlicher Hinsicht freien Berufe zu betrachten. Es erscheint günstiger, das Augenmerk auf die traditionell als frei anerkannten Berufe zu konzentrieren und bevorzugt auch die Berufe zu berücksichtigen, in deren Berufsgesetzen es ausdrücklich heißt, sie seien keine Gewerbe. Andere Tätigkeiten können dann von Fall zu Fall mit den gewonnenen Ergebnissen konfrontiert werden.

Was also macht das Wesentliche der "freien Berufe" aus, welches Merkmal unterscheidet gerade sie - und sie alle - von allen anderen Berufen ? Einen ersten Hinweis verspricht schon die Begriffsbezeichnung selber. Man könnte nämlich vermuten, daß diese Berufe mit besonderen Freiheiten ausgestattet sind.

I

Die Freiheit des wirtschaftlich Selbständigen

Betrachtet man die Aufzählung in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG, so ergibt sich, daß die Angehörigen der freien Berufe weder als Beamte noch als Angestellte tätig sind. Sie unterscheiden sich aber insoweit keineswegs von einem selbständigen Gewerbetreibenden. Sie besitzen grundsätzlich keine größere Freiheit bezüglich Planung und Gestaltung ihrer Arbeit als etwa der Inhaber einer Metzgerei oder ein selbständiger Schreinermeister. Jeder dieser Berufstätigen kann in gleicher Weise frei entscheiden, wie er seine Zeit einteilen, welcher Hilfsmittel (Werkzeuge, Instrumente, Bücher) er sich bei seiner Arbeit bedienen, wieviel Geld er in den Betrieb (Praxis, Kanzlei) investieren und welche Aufträge er annehmen will. [45] Rechtsanwälte, Ärzte u. a. sind unter Umständen durch ihr Standesrecht sogar besonders eingeschränkt in ihrer Entscheidungsfreiheit. [46]

---

45) vgl. R o g g e : Das Dogma: Freiheit der freien Berufe unvereinbar mit ihrer Eingliederung in die Sozialversicherung, in: Das geistige Kapital 1958, 71

46) Auf diese Frage wird später noch näher eingegangen.

Das Merkmal der Selbständigkeit ist also nicht geeignet, die freien Berufe aus der Vielzahl aller Berufe herauszuheben.

II

Die Freiheit bei der Zulassung zum Beruf

Auch die Vermutung, daß die freien Berufe von jedermann ohne Einschränkung ergriffen werden könnten und sich eben dadurch besonders auszeichneten, erweist sich im doppelten Sinn als Irrtum.
Zwar ist niemand daran gehindert, sich etwa als selbständiger Künstler, Schriftsteller oder Journalist zu betätigen, doch infolge der in Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit ist auch der Betrieb eines Gewerbes grundsätzlich jedermann freigestellt. Diese Freiheit ist zwar in der Wirklichkeit mannigfach eingeschränkt (z. B. gesetzliche Sachkundenachweise oder Zuverlässigkeitsprüfungen), aber es gibt durchaus auch heute noch Gewerbe, die ohne Zulassungsvoraussetzungen ergriffen werden können (z. B. der Betrieb einer Leihbücherei, Wäscherei oder Pension, eines Massageinstitutes oder eines Maklerbüros etc.) Zudem statuieren gerade manche Berufsgesetze der freien Berufe ungewöhnlich strenge Zulassungsvoraussetzungen hinsichtlich der Vorbildung. Der Beruf des Arztes, Rechtsanwalts oder Steuerberaters kann nur nach Absolvierung eines Hochschulstudiums ergriffen werden. Die Zulassung zum "freien" Notarberuf [47] wird sogar gemäß § 4 Abs. 1 BNotO vom Ergebnis einer Bedürfnisprüfung abhängig gemacht, und in Abständen wird - speziell von Angehörigen des "freien" Rechtsanwaltsstandes - im Namen der Freiheit die Einführung eines numerus clausus für diese Berufsgruppe gefordert. [48]

---

47) Ob der Notar zu den freien Berufen zählt, ist allerdings streitig. Vgl. § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG, aber auch BVerfGE 17, 371 (377)

48) So sprach sich z. B. im Jahre 1911 W e i s s l e r in seinem Beitrag "Rechtsanwaltschaft am Scheideweg" (JW 1911, 474 ff.) für die zahlenmäßige Beschränkung der Rechtsanwälte aus. Weitere Nachweise bei B r a n d i aaO. S. 34 f.

III

Die Freiheit von staatlichen Eingriffen

Schließlich könnte man noch meinen, die Freiberufler seien im Vergleich zu den Gewerbetreibenden im besonderen Maße vor staatlichen Eingriffen geschützt. Es ist jedoch nicht zu erkennen, daß ihnen von Gesetzgebung und Verwaltung ein größerer Freiheitsraum belassen würde als anderen Berufen. Auch für sie gelten eine Vielzahl von Berufsausübungsregeln, die im Einzelfall sogar sehr streng und einschneidend sein können. So mußten etwa Ärzte Mitglieder einer staatlichen Zwangsversicherung werden und für die "freien" Hebammen wurde sogar eine Altersgrenze für die Ausübung ihres Berufs eingeführt.
Das BVerfG hat diese Einschränkung der persönlichen Freiheit der Betroffenen gebilligt [49] und wörtlich ausgeführt: " 'Freier Beruf' ist kein eindeutiger Rechtsbegriff. Selbst wenn ein Beruf unstreitig zu den freien Berufen gehört, lassen sich daraus präzise normative Wirkungen für seine Behandlung im Recht (oder auch nur im öffentlichen Recht) nicht ableiten, namentlich nicht in dem Sinne, daß den Angehörigen des Berufs grundsätzlich und von vornherein ein irgendwie bestimmbarer erhöhter Anspruch auf Freiheit vor gesetzgeberischen Eingriffen rechtlich verbürgt sei." [50]

Die Richtigkeit dieser Aussage des BVerfG läßt sich sicher nicht mehr ernsthaft bezweifeln. So garantiert Art. 12 GG generell die Berufsfreiheit, ohne dabei zwischen "freien" und anderen Berufen zu unterscheiden. Gleichzeitig ist man heute wohl nahezu einhellig der Meinung in Literatur und Rechtsprechung, daß diese Berufsfreiheit bei allen Berufen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden kann, falls sich dies im Allgemeininteresse als erforderlich erweist. [50a]

§ 3

"Freie" und " nicht - freie" Berufe in der Vergangenheit

Obwohl sich somit aus der Zugehörigkeit zu den "freien Berufen" kein gegenüber den Gewerbetreibenden erweitertes Maß an Freiheit herleiten läßt und auch andere gemeinsame Kennzeichen bei ihnen kaum ersichtlich sind, geht das Gesetzesrecht weiterhin von einem Unterschied zwischen Freiberuflern und Gewerbetreibenden

49) Vgl. BVerfGE 9, 338 und 10, 354
50) BVerfGE 10, 354
50a) Siehe dazu ausführlicher unten § 4 I 2)

aus. Diese Differenzierung ist nur zu rechtfertigen, wenn sich beide Gruppen klar gegeneinander abgrenzen lassen. Wegen der Schwierigkeit, heute typische Merkmale der "freien" Berufe zu erkennen, liegt es nahe, ihre Stellung und Entwicklung in der Vergangenheit zu erforschen. Möglicherweise treten in früheren Zeiten charakteristische Besonderheiten bei den Freiberuflern deutlicher zutage, zumal bei einem Vergleich mit den Handwerkern, die ja als "typische" Gewerbetreibende gelten. Eventuell kann ein so gefundenes Ergebnis auch nützlich sein für das heutige Verständnis der sogenannten "freien Berufe". Dieser Weg bietet sich für das weitere Vorgehen besonders deshalb an, weil in Rechtsprechung und Literatur immer wieder betont wird, daß es sich bei diesem Ausdruck um einen geschichtlich gewachsenen Begriff handele. [51]

Selbstverständlich ist es unmöglich, in dem gebotenen Rahmen die Entwicklung aller heute als "frei" anerkannten Berufe darzustellen. Dies ist jedoch in unserem Fall auch nicht erforderlich, zumal einige dieser Berufe überhaupt erst in jüngerer Zeit entstanden sind [52] und daher für den Versuch, den Begriff des "freien Berufs" in der Vergangenheit zu erforschen, kaum nützlich sein können. Bei einer gleichzeitigen Untersuchung aller in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG genannten Berufe bestünde sogar die Gefahr, in der Vielzahl der Einzelerkenntnisse möglicherweise entscheidende Gemeinsamkeiten und damit das verbindende Wesen der "freien Berufe" zu übersehen. Es empfiehlt sich daher, die nachfolgende Untersuchung hauptsächlich auf die Berufe des "gewerbetreibenden" Handwerkers einerseits, und des Arztes, Anwalts und Künstlers andererseits zu beschränken, denn letztere gehören nach der allgemeinen Anschauung gewissermaßen zum Kern der "freien Berufe". [53]

I

Die Stellung der Handwerker, Künstler, Ärzte und Anwälte im Mittelalter

1. Handwerker

Selbständige Handwerker waren bis zum 10. Jahrhundert nahezu

---

51) Vgl. RFHE 1, 129; 3, 316; 14, 145; 21, 264; BVerfGE 10, 354 und Blümich - Boyens § 2 Anm. 54 a

52) Z. B. die steuerberatenden Berufe. Zu ihrer Geschichte vgl. BVerfGE 21, 173.

53) Vgl. Scheuner: Die freien Berufe im ständischen Aufbau, in: Festschrift für J. W. Hedemann, Jena (1938), S. 431

unbekannt. Vor dieser Zeit stellten nur Hörige für ihren Grundherrn die benötigten Waren her. [54] Nach und nach gewannen sie an Freiheit und konnten ihre Produkte auf eigene Rechnung absetzen. Seit der Jahrtausendwende finden sich dann in den Städten freie Handwerker, die Vereinigungen bildeten, [55] nämlich die Zünfte (Gaffeln, Gilden, Innungen, Zechen, Ämter, Bruderschaften etc.), die für mehrere Jahrhunderte den Lauf der Geschichte maßgeblich beeinflußten. [56] Es waren "unter öffentlicher Autorität errichtete Gesellschaften der Handwerksgenossen", die u. a. "die Ausübung des Zunftzwanges, die Beförderung der Ehre und Aufnahme des Handwerks, welches sie nach gewissen Regeln erlernt", zur Absicht hatten. [57]
Obwohl uns schon aus dem 12. Jahrhundert viele Zunftbriefe zur Verfügung stehen, [58] sind die Motive, die zur Zunftbildung führten, bislang nicht eindeutig geklärt. Vermutlich wirkten mehrere Kräfte

---

54) L ü t g e : Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 2. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg (1960), S. 127 /128 und P l a n i t z : Die deutsche Stadt im Mittelalter, Köln (1954), S. 83

55) Zwar stammt die 1. Urkunde, die als vollgültiger Zunftbrief betrachtet werden darf - der Wormser Fischerbrief von ca. 1106 - erst aus dem 12. Jahrhundert, doch es ist heute unbestritten, daß die ältesten Zünfte älter sind als die ältesten Zunftbriefe. Die Zunftbriefe machten, wie es die allgemeine Art der mittelalterlichen Verbriefung war, nur das namhaft, was im Augenblick der Aufzeichnung gerade einen Streitpunkt bildete. Vgl. v. B e l o w : Die Motive der Zunftbildung im deutschen Mittelalter, in: Historische Zeitschrift Bd. 109, s. 30 ff. und W i s s e l : Des alten Handwerks Recht und Gewohnheit, Bd. I, Berlin (1929), S. 49

56) Das Zunftwesen blieb keineswegs auf das eigentliche Handwerk beschränkt. Zunftmäßig organisierten sich nach und nach auch z. B. Krämer, Sackträger und gelegentlich sogar Dirnen. L ü t g e schreibt daher aaO. S. 162: "Die Zunft ist im ganzen gesehen zweifellos eine der wichtigsten Lebenserscheinungen dieser Jahrhunderte."

57) S c h i l l i n g : Lehrbuch des Stadt- und Bürgerrechts der deutschen Bundesstaaten, Bd. II, Leipzig (1830), S. 229 und R u n d e : Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 8. Aufl., Göttingen (1829), S. 441

58) Vgl. K e u t g e n : Urkunden zur städtischen Verfassungsgeschichte, Berlin (1899), S. 350 ff.

in dieser Richtung zusammen. [59] Möglicherweise spielten kirchliche und gesellige Bestrebungen eine gewisse Rolle, [60], die Hauptgründe liegen jedoch wohl auf wirtschaftlichem und politischem Gebiet. Die Träger eines Berufes waren bemüht, unbequeme Konkurrenz auszuschalten, um den Mitgliedern der eigenen Gruppe eine auskömmliche Existenz zu sichern. Wer nicht zur Gemeinschaft gehörte, dem sollte daher verboten werden, Erzeugnisse auf dem Markt anzubieten, der von den Angehörigen der entsprechenden Zunft bedient wurde. Diese wollten sich ihren Verdienst nicht von jenen schmälern lassen, die, weil sie die Arbeit nicht den Statuten gemäß (Lehre, Gesellenzeit, Wanderjahre, Meisterstück etc.) gelernt hatten, nicht als gleichwertig und gleichberechtigt bei ihnen galten. [61] Das Handwerk sollte seinen Mann ernähren, und "Pfuschern" sollte es daher untersagt sein, durch Verkauf minderwertiger und billiger Ware die Kunden zu übervorteilen und gleichzeitig die Existenz der Genossen zu gefährden. Hier mischten sich egoistische und soziale Motive.

Es war natürlich die Vorstellung verlockend, sich unbequeme Konkurrenz fernhalten zu können und damit den Absatz der eigenen Erzeugnisse zu garantieren. Schrankenloses Gewinnstreben und Profitinteresse im heutigen Sinn, war dem mittelalterlichen Menschen jedoch weitgehend unbekannt. [62]. Anfangs entstand aus Verantwortungsgefühl für die Gemeinschaft der Wunsch, strenge Berufsausübungs- und -zulassungsregeln festzulegen. Alle Gewerbetreibenden hatten zusammen die "bürgerliche Nahrung" zu schaffen, d. h. die elementaren Bedürfnisse der Allgemeinheit zu befriedigen. Die einzelne Innung jedoch sorgte vor allem für ihre Mitglieder und deren Angehörige, und zwar in fast allen Lebenslagen. Sie achtete u. a. auf die Einhaltung von Sitte und Moral, geleitete die Genossen zur letzten Ruhe und unterstützte die Hinterbliebenen. "Die Zunft war nicht nur zu Gewerbezwecken aus dem Zusammenschluß der das Gewerbe Treibenden gebildete Genossenschaft, sondern auch die erweiterte Familie aller zur Zunft Gehörigen." [63]

---

59) Bezüglich der verschiedenen Theorien vgl.:
Keutgen: Ämter und Zünfte, Jena (1903),
Arnold: Das Aufkommen des Handwerkerstandes im Mittelalter, Basel (1861) und
v. Below: aaO.

60) v. Below S. 45/46

61) Mummenhoff: Der Handwerker in der deutschen Vergangenheit, 2. Aufl., Jena (1924), S. 31, Keutgen (Ämter) S. 133

62) Lütge S. 152, 154

63) Wissel S. 67

Um diese sich selbst gestellten Aufgaben leichter erfüllen zu können, bemühten sich die verschiedenen Handwerke darum, daß die Obrigkeit ihre Vereinigungen sanktionierte. Sie verlangten für ihre Gemeinschaft eine gesetzliche Ordnung und das Recht, all denen die Ausübung ihres Handwerks zu verbieten, die nicht zur Zunft gehörten. Während jedoch ursprünglich die Aufnahme in die Innung zumindest zahlenmäßig nicht begrenzt war, [64] setzte sich schon bald die Tendenz durch, die bestehende Gemeinschaft nach außen abzuschließen. [65]

Die Absicht der Angehörigen eines Berufszweiges, sich zu einer Gemeinschaft zusammenzuschließen, die Berufsausbildung zu regeln und die Qualitätsanforderungen an ihr Produkt festzusetzen, deckte sich mit entsprechenden Bestrebungen der Obrigkeit. Die Stadtherrn nämlich hatten ihrerseits Interesse daran, die Handwerker in Gruppen einzuteilen, um das Gewerbewesen zu ordnen und sich so z. B. die Warenkontrolle auf dem Markt zu erleichtern und die Einhaltung der Maße und Gewichte zu gewährleisten. [66] Sie billigten daher den Z unftzwang und übertrugen den Innungen oft auch Polizeigewalt und Gerichtsbarkeit. [67] An der Spitze der Zünfte standen geschworene Meister, die sich durch Eid gegenüber dem Rat der Stadt zur Treue und gewissenhaften Beachtung der Ordnung verpflichten mußten. Der Eid der Meister bezog sich darauf, Arme und Reiche gleich gut bei der Ausübung des Handwerks zu bedienen und die vorgeschriebenen Regeln über Güte, Größe und Menge der Waren einzuhalten. [68] So mußte etwa der Tuchscherer nach einer Eidesformel schwören, nur vom vereideten Schaumeister geprüfte und mit Siegel versehene

---

64) Beschränkungen anderer Art gab es von Anfang an. So wurde schon frühzeitig z. B. Unehelichen, Juden und allen Angehörigen eines "unehrlichen" Gewerbes der Zutritt zur "ehrlichen" Zunft versagt.

65) Vgl. die Nachweise bei W i s s e l S. 192 ff.

66) Vgl. die "Ämtertheorie" von K e u t g e n (Ämter) S. 134 und die im wesentlichen ähnliche Theorie von v. B e l o w aaO. S. 41.

67) Vgl. K r a f t : Die Entwicklung des Zunftwesens und die geistesgeschichtlichen Grundlagen der Gewerbefreiheit, in: Z. f. ges. StWiss Bd. 106, S. 56 f. und W i s s e l S. 264

68) Vgl. M u m m e n h o f f S. 32, W i s s e l S. 416 ff. mit Nachweisen

Tücher zu verkaufen und "er wolle ohne Ansehen der Person so verfahren, wie es einem redlichen Tuchscherer zusteht, eignet und gebühret. So wahr mir Gott helfe." [69]

Offenbar war diese strenge, durch Eid bekräftigte Inpflichtnahme durch den Staat zum Schutze der Allgemeinheit auch erforderlich, denn die Klagen über das Handwerk sind, wie W i s s e l schreibt, so alt wie das Handwerk selbst. Schon Mitte des 13. Jahrhunderts geißelte der Regensburger Franziskanerbruder Berthold die Betrugsabsichten vieler Handwerker, die mit falscher Elle und unrichtigen Gewichten maßen. [70] Die Obrigkeit war daher - ebenso wie die redlichen Innungsmitglieder - zunehmend bemüht, durch straffe Organisation der Zünfte der bestehenden Auswüchse Herr zu werden.

Die Aufgaben und die Stellung, die auf diese Weise den Vereinigungen von Angehörigen bestimmter Berufe zuerkannt wurden (Selbstkontrolle, P olizeigewalt, Gerichtsbarkeit, Zunftzwang, Eidesleistung u. a.), gaben diesen ständischen Gemeinschaften einen öffentlich-rechtlichen Charakter. Statt des Ausdrucks Zunft oder Innung findet sich daher nicht selten auch die Bezeichnung "Amt" als Hinweis auf die besondere öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Genossen. [71]

Die Mitglieder einer Zunft waren mit steigender Verantwortung auch mannigfachen Bindungen bei der Berufsausübung wie bei der privaten Lebensführung unterworfen. Sie gewannen aber andererseits ihre geschützte rechtliche Position. Sie konnten die ihnen zukommenden Aufgaben weitgehend selbständig erfüllen und durften ihren Berufs- und Lebensbereich gegen Beeinträchtigungen von außen (z. B. die Arbeit von sog. Pfuschern und Bönhasen) absichern. Die Voraussetzungen, die zur Aufnahme in die Zunft und damit zur Ausübung des entsprechenden Berufes berechtigten, wurden dabei fortlaufend vermehrt und verschärft (eheliche und freie Geburt, deutscher Ursprung, kein Jude, keine "unehrliche" Abstammung, Lehr- und Gesellenjahre usw.), um die Zahl der Genossen zu begrenzen. Darüberhinaus wurde innerhalb der Zunft durch strenge Reglementierung der einzuhaltenden Arbeitsweise und durch

---

69) P o t t h o f f : Kulturgeschichte des deutschen Handwerks, Hamburg (1938), S. 76. Die Ähnlichkeit mit heutigen Eidesformeln z. B. der Beamten oder Anwälte (vgl. § 38 BBG, § 26 BRAO) oder mit deren "allgemeiner Berufspflicht" (vgl. § 54 BBG, § 43 BRAO) ist unverkennbar.

70) Vgl. W i s s e l S. 428 ff. mit Nachweisen

71) P o t t h o f f S. 63, P l a n i t z S. 290

das Verbot jeglicher Reklame [72] dafür gesorgt, daß nach Möglichkeit kein Mitglied der Gemeinschaft vor einem anderen einen Wettbewerbsvorsprung erzielte.
Gerade wegen dieser Möglichkeiten, sich vor unliebsamen Konkurrenten schützen zu können, drängten immer mehr sog. "freie Künste" [73] danach, eine Zunftverfassung zu erhalten. Der jeweilige Rat einer Stadt war aber keineswegs immer bereit, dem Wunsch zu entsprechen, zumal die Zünfte sich zunehmend als politische Kräfte erwiesen, die die Macht des Rates zu erschüttern drohten. Es kam sogar vor, daß ein Rat verfügte, ein Handwerk solle "zu ewigen Tagen eine freie Kunst bleiben." [74]

Insgesamt zeigte sich etwa seit dem Ende des 13. Jahrhunderts die Tendenz, die Zünfte, deren Entstehung anfangs ja durchaus vom Staat gefördert worden war, zurückzudrängen. Zum einen deshalb, weil die Innungen mehr politische Mitspracherechte begehrten und verstärkte Beteiligung an der Bildung der Stadträte forderten, die bislang von den Patriziern beherrscht worden waren, [75] zum anderen, weil vielerorts die Zünfte ihre Monopolstellung zum Nachteil der Allgemeinheit mißbrauchten. "Die Klagen gegen die Innungen von 1200 - 1400 sind mehr, daß sie willkürlich Preise setzen, daß sie auf dem Lebensmittelmarkt schlechte und teure Ware liefern, daß sie politisch und gewerberechtlich zu mächtig gegenüber den Räten werden, als daß sie die Meisterzahl einschränken." [76] Die Obrigkeit sah sich u. a. wegen

---

72) W e g e : Die Zunft als Träger wirtschaftlicher Kollektivmaßnahmen, Stuttgart (1930), S. 3 und P o t t h o f f S. 72 /72

73) Vgl. M u m m e n h o f f S. 28, 30 und B e c h t e l : Wirtschaftsstil des deutschen Spätmittelalters, München, Leipzig (1930), S. 159

74) M u m m e n h o f f S. 29

75) Dieser Streit zwischen Patriziat und Zünften um die Besetzung des städtischen Rates war der Anlaß für die nahezu 2 Jahrhunderte währenden Zunftkämpfe.
Vgl. M a s c h k e : Verfassung und soziale Kräfte in der deutschen Stadt des späten Mittelalters, vornehmlich in Oberdeutschland, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte (1959), S. 289 ff.

76) v o n S c h m o l l e r , zitiert nach K e l t e r : Geschichte der obrigkeitlichen Preisregelung, in: Bonner Staatswissenschaftlichen Untersuchungen, Bd. 21, Jena (1935), S. 47

der innerhalb der Zünfte getroffenen Preisvereinbarungen schon frühzeitig veranlaßt, preisregelnd einzugreifen. Sie bestimmte besonders für die Grundnahrungsmittel, aber auch z. B. für die Arbeit von Lohnwerkern, bindend die zu zahlenden Preise und Löhne. [77] Nur so war offenbar gegen Ende des Mittelalters in vielen Fällen eine Übervorteilung der Käufer zu vermeiden.
Die Zünfte wurden der ihnen ursprünglich als Vereinigung mit halbamtlichen Charakter zugedachten Aufgabe, für die redliche Berufsausübung ihrer Mitglieder im Dienste der Allgemeinheit zu sorgen, schließlich kaum noch gerecht. Eine zunehmende Abkapselung der Genossen gegen alles Neue und die gleichzeitige Erschütterung des Bedarfsdeckungsprinzips durch ein verstärkt auftretendes egoistisches G ew innstreben der Gewerbetreibenden [78] ließen die überkommene Zunftverfassung insgesamt fragwürdig werden.

2. Künstler

Während es möglich war, die Stellung der Handwerker im Mittelalter in großen Zügen für alle Angehörigen der entsprechenden Berufe gemeinsam aufzuzeigen, weil hier deutliche und übereinstimmende Verhaltensweisen und Tendenzen sichtbar wurden, erscheint es kaum durchführbar, die Position der Künstler in jener Zeit mit der gleichen summarischen Art darzustellen. Zu unterschiedlich vollzog sich das Leben etwa eines Sängers oder Dichters einerseits und eines Bildhauers oder Malers andererseits. Während erstere ein ungebundenes Leben führten und zumeist an einem Fürstenhof ihre Kunst darboten oder aber als Hofdichter in amtlicher Stellung standen, waren die "bildenden Künstler" zumeist Mitglieder einer Zunft. [79] Zudem stößt man bei dem Versuch, die "künstlerische" Betätigung im heutigen Sinne von der nicht-künstlerischen abzugrenzen, auf Schwierigkeiten. "Das dem lateinischen 'ars' entsprechende deutsche Wort 'Kunst' hatte am Ende

---

77) Vgl. K e l t e r S. 11 ff., 30, 34 ff. und H ö f f n e r : Wirtschaftsethik und Monopole im 15. und 16. Jahrhundert, Jena (1941), S. 15

78) K e l t e r S. 89 f., 162 und L ü t g e S. 156

79) Vgl. H a u s e r : Sozialgeschichte der Kunst und Literatur, 2. Aufl., München (1953), Bd. I, S. 165 ff.

des Mittelalters eine viel weitergehende Bedeutung, als man ihm heute zugesteht." [80] So gab es z. B. für die Verbände der Handwerker nicht nur den Namen Zunft, Innung etc., sondern auch die Bezeichnung "artificium" - also soviel wie die Vereinigung der artifices = Künstler. [81] Als Künstler in diesem Sinne galt somit jeder, der sein "Gewerbe" gelernt hatte und "Meisterliches" leistete. In der schon früher erwähnten Gegenüberstellung von "geschworenem Handwerk" und "freier Kunst" [82] offenbart sich sogar eine noch umfassendere Bedeutung des Wortes "Kunst", denn hier erweitert sich der Inhalt des Begriffs auf jede Ausübung irgendeines Berufs. Man machte damals keinen so prinzipiellen Unterschied zwischen dem Künstler (im heutigen Sinn) einerseits und dem Nicht-Künstler (Gewerbetreibenden, Handwerker o. ä.) andererseits. Zwar genossen auch früher Personen, die aufgrund hervorragender Fähigkeiten auf ihrem Gebiet Außergewöhnliches leisteten, besonderes Ansehen, sie wurden aber weiterhin dem Stand zugerechnet, dem sie entstammten. Der begnadete Dichter und der begabte Sänger wurden selbstverständlich am Hof der Fürsten oder bei ihrem sonstigen Publikum mehr geachtet als die üblichen Fahrensleute, [83] ohne jedoch nun als "Künstler" einer höheren sozialen Rangstufe zugerechnet zu werden. "Niemand tritt dadurch aus seinem Standeskreis, daß er ein namhafter Dichter wird." [84]

Dasselbe gilt für das Gebiet der bildenden Kunst. Die großen Meister, mochten sie berühmt sein oder nicht, befanden sich alle in der zuständigen Zunft ihrer Art. "Sozial unterschieden sie sich kaum von den Zunftgenossen, die im gleichen Material handwerkten. Und auch in den Augen ihrer Mitbürger empfingen sie trotz ihrer anerkannten Leistungen doch ihre soziale Rangstufe im Hinblick auf ihre Zunft." [85] Dies ist an sich nicht verwunderlich, weil im Rahmen der("handwerklichen")

---

80) Timm : Technologie und Technik im Übergang zwischen Mittelalter und Neuzeit, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Bd. 46 (1959), S. 350

81) Vgl. Planitz S. 290

82) S. o. Teil II § 3 I 1)

83) Vgl. bezüglich der fahrenden Spielleute und Vaganten im Mittelalter: Hauser Bd. I, S. 234 ff.

84) Riehl : Die deutsche Arbeit, 3. Aufl., Stuttgart, Berlin (1883), S. 19

85) Bechtel S. 199

Meisterprüfung auch der Nachweis von Fähigkeiten verlangt wurde, die man heute als künstlerische ansehen würde. Zurecht schreibt daher B e c h t e l , wegen dieser gewandelten Anschauung stoße es überhaupt auf Schwierigkeiten, den Begriff der "künstlerischen Betätigung" einwandfrei festzulegen, "weil wir heute vieles mit Bewußtsein als künstlerische Leistung bezeichnen, was damals als Handwerk galt." [86]

Aber nicht nur die Einstellung des mittelalterlichen Publikums zur Kunst und zum Künstler unterschied sich von der unseren, die Künstler selber hatten ein völlig anderes Verhältnis zu ihrem Werk. Sie versuchten nicht in erster Linie, sich durch ihre Arbeit selbst zu verwirklichen und eine von der eigenen Persönlichkeit bestimmte A ussage zu machen. Sie unterwarfen sich vielmehr weitgehend den Wünschen und Vorstellungen anderer.

D ie Aufträge für die Herstellung von Altären u. a. ergingen in der Regel an einen Meister, der den Entwurf anfertigte, die Arbeit verteilte, überwachte und sie zum Schluß signierte. Vielbeschäftigte Meister überließen die Ausführung ihrer Entwürfe oft ganz ihren Gesellen und Lehrlingen. Häufig waren mehrere Künstler und Handwerker aus verschiedenen Werkstätten beteiligt, die sich dem künstlerischen Willen des Leiters unterordneten. [87] Darüber hinaus hegten die Künstler auch keine Bedenken dagegen, daß ihre Auftraggeber sehr weitgehend Inhaltliches und Formales des Kunstwerkes im vorhinein festsetzten. (So bestimmte z. B. der Würzburger Rat durch Mehrheitsbeschluß, daß Tilman Riemenschneider den Adam am Marktportal der Marienkapelle bartlos darzustellen habe.) [88]

---

86) B e c h t e l S. 198 mit Nachweisen. Vgl. z. B. auch die Zusammenstellung der Nürnberger "Künstler" bei D o p p e l m a y r : Historische Nachrichten von den Nürnbergischen Mathematicis und Künstlern, Nürnberg (1730), S. 177 ff. Er führt dabei u. a. auch Kannengießer, Wagenbauer, Kompaßmacher, Gewichtmacher an. Unter "Künstlern" versteht er offenbar jeweils solche Personen, die auf ihrem Gebiet besseres leisteten als die Mehrzahl der Zeitgenossen.

87) B e c h t e l S. 200

88) B e c h t e l S. 283

Erst gegen Ende des Mittelalters versuchen die Künstler zunehmend, vom Werkstattbetrieb wegzukommen und in ihren Werken eine höchstpersönliche Aussage zu machen. Sie befreien sich aus der Anonymität der Gruppe und bekennen sich nun offen zu ihrer Arbeit. So setzt im zweiten Drittel des 15. Jahrhunderts ein Hans Multscher auf einer Plastik neben seinen Namen stolz die Worte: "manu propria." [89] In diesem Zusatz offenbart sich deutlich die Hinwendung vom vertretbaren Gemeinschaftsschaffen zum unvertretbaren Individualschaffen. Dieser Weg vom auftragserfüllenden Handwerker zum unabhängigen geistigen Arbeiter führte die bildenden Künstler von der hierarchisch organisierten Bauhütte über die egalitär strukturierte Zunft bis zur völligen Selbständigkeit. [90]

3. Ärzte

Die Heilkunde wurde im frühen Mittelalter vorwiegend volksmedizinisch betrieben, d. h. jeder, der sich aufgrund tatsächlicher oder eingebildeter Kenntnisse zur Krankenbehandlung berufen fühlte, half im Bedarfsfalle, so gut er konnte. Häufig fragte man erfahrene Familienangehörige um Rat. Es gab aber auch berufsmäßige "Ärzte". Ihre Ausbildung blieb anfangs Sache des Privatunterrichts, und entsprechend waren ihre Leistungen. Ihre Behandlungsweise bestand nicht selten aus bloßer Scharlatanerie.
Es sind jedoch seit dem 7. Jahrhundert auch einige "höhere" jüdische Ärzte nachweisbar. Sie wirkten, trotz eines kirchlichen Verbots an die Gläubigen, sie bei Krankheiten hinzuzuziehen, oft - sicher ihrer höheren Bildung an arabischen Schulen wegen - als Leibärzte von Fürsten und sogar Päpsten. [91] Im Laufe der Zeit griff man dann - besonders in den Klöstern - auf die klassischen medizinischen Schriften

---

89) Bechtel S. 285

90) Vgl. Hauser Bd. I, S. 262 und Dehio: Geschichte der deutschen Kunst, Berlin, Leipzig (1916 - 1934), Bd. III, S. 15

91) Vgl. Baas : Die geschichtliche Entwicklung des ärztlichen Standes und der medicinischen Wissenschaften, Berlin (1896), S. 131, 144

der Antike zurück. Diese wurden übersetzt und abgeschrieben. Vorzugsweise die Mönche lernten nun die theoretische Seite der Medizin und setzten ihr Wissen anschließend im Dienste der Missionierung ein. So bekam die Heilkunde im Zuge der Christianisierung zunehmend klerikalen Charakter. [92] Im 10. Jahrhundert wurde dieser kirchliche Einfluß zurückgedrängt, und es kam an den Hochschulen von Salerno und Montpellier zur Ausbildung einer wissenschaftlichen Laienmedizin.

Im hohen Mittelalter erfuhr das Medizinalwesen eine straffe Regelung. Im Jahre 1240 gab Friedrich II. der Schule von Salerno eine ausführliche Studienordnung. Der Medizinstudierende wurde erst zum eigentlichen Studium zugelassen, nachdem er drei Jahre Logik studiert hatte. Dann folgten fünf Jahre medizinische Unterweisung. Für die Bestallung als Arzt war der erfolgreiche Abschluß eines behördlich vorgeschriebenen Examens Voraussetzung. Jeder "Physikus" wurde sodann eidlich u. a. dazu verpflichtet, Arme unentgeltlich zu behandeln. Im übrigen war die Hororarfrage häufig gesetzlich durch Taxordnungen geregelt. [93] Die graduierten Mediziner kamen zu großem Ansehen als Leibärzte weltlicher und geistlicher Fürsten, von denen sie oft, anstelle eines festen Gehalts oder neben diesem, eine freiwillige "Ehrengabe" erhielten. Auch die Städte stellten nach Möglichkeit Stadtärzte an, denen u. a. die Aufgaben der öffentlichen Hygiene und Seuchenabwehr, der gerichtlichen Medizin, die Aufsicht über Hebammen, Heilpersonal und Bordelle, die kostenlose Armenbehandlung und später die Spitalversorgung oblagen. [94] Sie bezogen in der Regel bares Geld und Naturalien als Einkommen und genossen, da sie gesuchte Persönlichkeiten waren, nicht selten besondere Vorrechte. So waren sie etwa vom Wachdienst und von einem Teil oder allen Abgaben befreit. [95] Andererseits war es ihnen untersagt,

---

92) L e i b b r a n d : Kompendium der Medizingeschichte, München (1964), S. 70 und D i e p g e n : Geschichte der Medizin, Berlin (1949), Bd. I, S. 200)

93) L e i b b r a n d S. 72, D i e p g e n Bd. I, S. 226, B a a s , S. 133

94) D i e p g e n Bd. I, S. 246

95) Vgl. K r i e g k : Deutsches Bürgerthum im Mittelalter, Frankfurt /M. (1868), S. 8 f., F i s c h e r - D e f o y : Anstellungsbedingungen der Ärzte im Mittelalter, in: Medizinische Klinik 1910, 726, K r a u s : Ärzte, Apotheker usw. in Frankenthal im 16. - 19. Jahrhundert, in : Monatsschrift des Frankenthaler Altertumsvereins 1911, 5

ohne Erlaubnis des Rates über Nacht aus der Stadt zu gehen oder zu verreisen, [96] da jederzeit die medizinische Versorgung der Bevölkerung nach Möglichkeit gewährleistet sein sollte. Den angestellten Heilkundigen wurde zumeist auch der Betrieb einer privaten Praxis gestattet, denn erst, als sich die Zahl der Physici bedeutend vermehrt hatte, ließen sich neben den Leib- und Stadtärzten zunehmend selbständige Praktiker nieder. [97]

Obwohl es gegen Ende des Mittelalters noch vergleichsweise wenige wissenschaftlich gebildete Mediziner gab, [98] mehrten sich die Klagen wegen einer Übersetzung der Ärzteschaft. [99] Dies ist nur zu verstehen, wenn man sich klarmacht, daß die Doktoren damals nur einen kleinen Teil des Heilpersonals ausmachten. Da ihre F ähigkeiten zudem keineswegs über jeden Zweifel erhaben waren, vertrauten viele Bürger noch immer lieber einem der zahlreichen anderen "niederen" Heilkundigen, [99a] die zudem ihre Dienste oft billiger anboten. Es wimmelte von seßhaften und umherreisenden Leuten, die sich

---

96) Vgl. S t r i c k e r : Geschichte der Heilkunde und der verwandten Wissenschaften in der Stadt Frankfurt /M., Frankfurt /M. (1847), S. 35, 55 und K r a u s aaO. (1910), S. 33

97) B a a s S.143

98) Vgl. die Zahlenangaben bei A c k e r k n e c h t : Kurze Geschichte der Medizin, Stuttgart (1959), S. 76,
S t r i c k e r (Geschichte) S. 66,
B ü c h e r : Die Bevölkerung von Frankfurt /M. im 14. und 15. Jahrhundert, Tübingen (1886), S. 182, 223.
Daraus ergibt sich, daß es um etwa 1400 in Paris für je 8500 und in Frankfurt /M. für je 4500 Einwohner nur einen Doktor gab. In Frankfurt /M. lebten selbst Mitte dss 17. Jahrhunderts nur 4 Physici. Auf dem Land gab es mit Sicherheit noch weniger Ärzte.

99) Vgl. S t r i c k e r : Beiträge zur ärztlichen Culturgeschichte, Frankfurt /M. (1865), S. 86 f.

99a) Sogar noch Anfang des 18. Jahrhunderts war ein Henker preußischer Hofarzt.
Vgl. B a a s S. 149

allesamt medizinisch betätigten (Henker, Hebammen, Apotheker, Bader, Scherer, Okultisten etc.). Sie standen zwar häufig unter der Aufsicht des Stadtphysikus, hielten sich aber nicht immer an die ihnen auferlegten Beschränkungen. So wurden von Seiten der Medici immer wieder Klagen laut, daß Unbefugte in ihren Dienst eingriffen, [100] indem sie auch die sog. innere Medizin betrieben. Dieses Gebiet war nämlich das ausschließliche Betätigungsfeld der Doktoren. Dagegen verstanden sie aufgrund ihrer damaligen Universitätsausbildung so gut wie nichts von der Chirurgie. Diese galt als ärztliche Tätigkeit zweiter Klasse, die sie zwar zu beaufsichtigen hatten, mit deren beruflicher Ausübung sie jedoch selbst nichts zu tun haben wollten. [101]

Die Personen, die im Mittelalter u. a. Glieder einrenkten und Operationen ausführten, waren unter diesen Umständen bunt zusammengewürfelt und im einzelnen von sehr unterschiedlicher Qualifikation. Es gab einige wenige, die im Ausland ein Kolleg über Chirurgie gehört hatten, die eigentlichen Wundärzte aber waren die Bader und besonders die Barbiere. Sie erlernten ihre Künste während einer mehrjährigen Ausbildung bei einem Meister der Zunft. Aber auch dann wußten sie in der Regel von der wirklichen Wundarznei soviel, wie die "Balgtreter vom Orgelspiel". [102] Nur in einigen Städten mußten sie ihre Befähigung zur Praxis durch eine Prüfung nachweisen. Gewöhnlich aber stand der tüchtige Wundarzt und das Publikum dem Pfuscher gegenüber schutz- und wehrlos da. [103]
Obwohl die Barbiere zwar in mancher Hinsicht vielleicht unentbehrlicher waren als andere Handwerker, waren sie doch oft weniger als diese geachtet, zumal sie weithin als " unehrlich" [104] galten. Diese

---

100) Vgl. K r a u s aaO. (1911), S. 21, 34

101) Vgl. W o l t z e n d o r f f : Der deutsche Wundarzt des 16. und 17. Jahrhunderts, in : Die Grenzboten (1877), S. 168 und D i e p g e n Bd. I, S. 227. Chirurgie wurde an den Hochschulen anfangs nicht gelehrt, vor allem wohl deshalb, weil den Geistlichen die Ausübung dieses Berufs verboten war.

102) W o l t z e n d o r f f S.161

103) W o l t z e n d o r f f S.165 und W a g n e r : Das Gewerbe der Bader und Barbiere im deutschen Mittelalter, Diss. Freiburg(1917), S. 47

104) B a a s S. 132. Zum Begriff der "Unehrlichkeit" im Mittelalter vgl. W i s s e l Bd. I, S. 67 ff. und M u m m e n h o f f S. 52 ff.: "Er brachte nicht nur ein Fehlen von Ehrenqualitäten zum Ausdruck, sondern auch ein Fehlen von staatsbürgerlichen Rechten."

Tatsache hatte ihnen lange Zeit die Bildung eigener Zünfte erschwert, und wer aus einer Bader- oder Schererfamilie entstammte, wurde von den anderen Handwerkern auch weiterhin für nicht würdig befunden, Mitglied einer "ehrlichen" Zunft zu werden. [105] So genossen die Chirurgen aus mancherlei Gründen in der Regel nur ein geringes Ansehen, und besonders die Medici fühlten sich über die Wundärzte (selbst die mit höherer Fachbildung) unendlich erhaben. [106] Die Bevölkerung dagegen machte wenig Unterschied zwischen den diversen Gruppen von Heilkundigen. In den alten Chroniken wurden z. T. "höhere" wie auch "niedere" Ärzte "Magister" oder "Meister" genannt, [107] wenn sie nur ihre Kunst verstanden. Wundärzte wurden - ebenso wie die Physici - häufig als Leib- oder Stadtärzte angestellt [108] und dann ganz oder teilweise von den Vorschriften der Zunftordnung entbunden [109]. Wie für die Doktoren, so wurden mitunter auch für die Wundärzte, ja selbst für die Okultisten, Bruch- oder Steinschneider besondere Taxen festgelegt. [110] In Hildesheim verlangte schon 1440 eine Taxordnung für Barbiere die kostenlose Behandlung der Armen. [111] Schließlich mußten - wie im Mittelalter die Angehörigen fast aller Berufe - sich auch die Physici, Apotheker, Hebammen, Wundärzte u. a. in vielen Städten durch Eidesleistung zu einer gewissenhaften Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichten. [112]

---

105) Wagner S. 13

106) Baas S. 259 und Woltzendorff S. 168

107) Vgl. Kriegk S. 2: "Dieser Titel bedeutete im Munde des Volkes einen Mann, welcher die zu seinem Geschäft nötigen Kenntnisse und Fertigkeiten besaß. Er wurde deshalb nicht nur dem Arzt, sondern auch dem Handwerksmann und selbst dem Henker beigelegt."

108) Baas S. 148, Borner : Die Geschichte des Amtes der Barbiere und Chirurgen in der freien Hansestadt Lübeck, Diss. Berlin (1934), S. 39, Stroh : Ärztliche Bewerbungen, Berufungen, Bestallungen des 15. und 16. Jahrhunderts aus Esslingen sowie Verwandtes zum ärztlichen Standeswesen jener Zeit, Diss. Leipzig (1920), S. 52

109) Kriegk S. 12, Wagner S. 52

110) Vgl. Stricker (Geschichte) S. 37 ff.

111) Wagner S. 80

112) Vgl. z. B. die Eidesformeln bei Knöpfler : Eidesformeln für Arzt, Apotheker, Hebammen, Wundtarzt und Frauenwirt zu Amberg aus dem 15. Jahrhundert - Taxordnung für den Stadtrat daselbst, 1561, in: Archiv für Geschichte der Medizin (1919), S. 318 ff.

4. Anwälte

Ein Juristenstand im eigentlichen Sinn des Wortes entwickelte sich erst während des 12. Jahrhunderts. Ursprünglich gab es in Deutschland nur den "Vorsprecher", der der Partei im Prozeß die einzelnen Formeln vorsprach, damit sie infolge ihrer juristischen Unkenntnis keinen Rechtsnachteil erleiden mußte. Die Vorsprache war ein öffentliches Amt, das im Interesse des Rechts geübt wurde. Da es strengste Neutralität voraussetzte, kam - zumindest anfangs - eine Bezahlung dieser Dienste durch eine Partei nicht in Betracht. [113] Neben diesen Vorsprecher traten später häufig noch Advokaten als Stellvertreter und Fürsprecher der Partei. Auch bei ihnen handelte es sich um Rechtskundige aus dem Volk. Erst mit der Rezeption des römischen Rechts gewann die Anwaltschaft erhöhte Bedeutung, denn nur die gelehrten doctores waren mit den fremden leges vertraut. Es genügte nun nicht mehr die Kenntnis des heimischen Volksrechts und der Technik des Prozesses, man bedurfte jetzt verstärkt auch der Fähigkeit zu logischem Denken und der Kunst der Interpretation. [114] "Bei der Reception handelte es sich nicht nur um die Einführung des römischen Rechts, sondern um einen Vorgang, dessen eigentlicher Kern in der Verwissenschaftlichung des deutschen Rechtswesens zu sehen ist." Der "Übergang vom überlieferten zum geschriebenen Recht, von einer traditionell anschaulichen zu einer logisch-begrifflichen Rechtsfindung," [115] stellte höhere Anforderungen an die neuen Beistände

---

113) Vgl. Weissler: Geschichte der Rechtsanwaltschaft, Leipzig, (1905), S. 53 ff. und v. Schwerin in: Magnus: Die Rechtsanwaltschaft, Leipzig (1929), S. 461 ff.

114) von Schwerin bei Magnus S. 459

115) Trusen: Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland, Wiesbaden (1962), S. 3 ff.

der Parteien. Die gelehrten Kenner des römischen Rechts waren unter diesen Umständen überall gesucht, [116] z. B. auch als Ratskonsulenten oder Stadtsyndici. [117] Sie wurden, ähnlich den Ärzten, von verschiedenen Bürgerpflichten befreit, erhielten besondere Privilegien und wurden sogar mehr geachtet als die Doktoren der Medizin. [118]

Im Zuge der Rezeption wurde auch die vom kanonischen Recht beeinflußte Zweiteilung der Sachwalterschaft übernommen. Grundsätzlich trat nur der "Prokurator" vor Gericht auf, während der "Advokat" die Schriftsätze fertigte. [119] Der letztere hatte in der Regel aufgrund seines langjährigen Studiums an einer der oberitalienischen Universitäten, das sich nicht nur auf das Gebiet des Rechts, sondern auch auf den damaligen Kreis der philosophischen Vorlesungen erstreckte, die bessere Ausbildung [120] und genoß daher auch das höhere soziale Ansehen. [121] Im Laufe der Zeit wurden dann die Funktionen der beiden

---

116) Zwar gab es schon im 13. Jahrhundert eine Vielzahl deutscher Rechtstudenten in Italien, aber etwa 90 % von ihnen gehörten dem Klerus an und beschäftigte sich daher vorzugsweise mit dem kanonischen und weniger mit dem römischen Recht. Vgl. T r u s e n, S. 104 und S t i n t z i n g : Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15. und im Anfang des 16. Jahrhunderts, Leipzig (1867), S. XX

117) Der 1. Stadtadvokat ist schon 1275 in Erfurt nachweisbar. Vgl. W e i s s l e r (Geschichte), S. 237

118) Vgl. im einzelnen bei S p a h t e n : Der teutsche Advokat, Bd. I, Jena (1691), S. 13 ff. Dieses alte Ansehen der Juristen findet auch heute noch z. B. in der Tatsache Ausdruck, daß bei feierlichen Aufzügen in der Universität die Theologen und Juristen vorangehen. Vgl. R i e h l aaO. S. 22 mit weiteren Nachweisen.

119) v o n S c h w e r i n bei M a g n u s S. 463, D ö h r i n g : Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin (1953), S. 119 f.

120) Die Prokuratoren an den unteren Gerichten entstammten häufig noch der relativ ungebildeten Gruppe der früheren Vorsprecher. W e i s s l e r (Geschichte) S. 163

121) D ö h r i n g S. 130, v. S c h w e r i n bei M a g n u s S. 465. Das Studium war ein Weg zu sozialem Aufstieg. Seit dem 14. Jahrhundert wurde auch im weltlichen Bereich der Dr. jur. dem niederen Adel gleichgestellt. Vgl. dazu T r u s e n S. 106 und R u n d e S. 386

Parteivertreter nicht mehr scharf getrennt, zumal gerade bei den Obergerichten die Prokuratoren die wichtigere Stellung einnahmen und neben ihrem Amt auch die Aufgaben der Advokaten wahrnehmen durften. [122] So machte das Reichskammergericht schon seit 1555 für die Zulassung beider Sachwalter den erfolgreichen Abschluß eines fünfjährigen akademischen Studiums und das Bestehen einer zusätzlichen Prüfung durch die Anwärter vor dem Gericht zur Voraussetzung. Prokurator konnte dort nur werden, wer sich als Advokat bewährt hatte. Ihre Zahl war beim Reichskammergericht - ebenso wie bei anderen Gerichten - beschränkt. [123] Beide Sachwalterberufe waren gegen Ende des Mittelalters gesetzlich organisiert. Advokaten und Prokuratoren wurden auf die gewissenhafte und redliche Ausübung ihrer Tätigkeit vereidigt, sie hatten arme Parteien kostenlos zu vertreten, und im übrigen sollten sie nur die ihnen zustehende Gebühr fordern. Seit dem 16. Jahrhundert wurde die Höhe ihres Gebührenanspruchs dann zunehmend in Taxordnungen bzw. durch das Gericht festgesetzt, um die Klienten vor Übervorteilungen zu schützen. [124]

5. Auseinandersetzung mit dem Begriff der "freien Berufe" im Mittelalter

a) Spezielle Freiheiten der "freien Berufe" ?

Betrachtet man nun rückblickend die Stellung der von uns untersuchten Berufe im Mittelalter, dann bleibt die Frage nach der Besonderheit der "freien Berufe". Inwiefern waren sie etwa freier als andere Berufe? In diesem Zusammenhang fällt auf, daß - anders als die meisten Handwerker - z. B. die Poeten, Physici und Advokaten keinem Zunftzwang unterlagen. Wer auch immer sich zu einer dieser Tätigkeiten hingezogen fühlte, konnte durch keine Zunft an der Ausübung des Berufs gehindert werden. So stand es auch

---

122) Vgl. Weissler (Geschichte) S. 162 und Döhring S. 121

123) Siehe v. Schwerin bei Magnus S. 466 und z. B. in der Cammergerichtsordnung der Mark Brandenburg von 1516, abgedruckt bei Mylius :Corpus Constitutionum Marchicarum, Teil II, 1, Berlin, Halle (1737), Sp. 1 ff

124) Döhring S. 149, v. Schwerin bei Magnus S. 466 und z. B. die Eidesformeln aus der Churfürstlich Sächsischen oberen Hofgerichtsordnung von 1549, abgedruckt bei Spahten S. 163

Angehörigen "unehrlicher" Stände frei, als Sänger durch das Land zu fahren oder an einer der Universitäten Juristerei oder Medizin zu studieren. Juden, die in keiner Innung geduldet wurden, und denen deshalb nur ein sehr beschränkter Kreis von Berufen zugänglich war, [125] durften sich ohne Schwierigkeiten als Ärzte niederlassen. Judenärzte genossen sogar allgemein einen so guten Ruf, daß auch sie als Stadt- oder Leibärzte weltlicher und geistlicher Fürsten angestellt wurden. Schließlich war auch anderen Personen, denen der Zunftgeist einen Makel anhängte, die Betätigung in den freien Berufen nicht verwehrt. In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn Jacob noch 1837 in einem Plädoyer für die Gewerbefreiheit von "freien Gewerben" spricht: "Ein Unehelicher kann Arzt, Künstler, Gelehrter, geheimer Rath oder Minister werden, nur Schuster oder Schneider zu seyn, wird er nicht werth geachtet." [126]

Mit dieser Unabhängigkeit von jeglicher Zunft hängt es auch zusammen, daß Künstler, Advokaten oder Mediziner - zumindest wenn sie die entsprechenden Fähigkeiten nachgewiesen hatten - überall ihrem Beruf nachgehen konnten. Es existierte für sie, worauf Baas bezüglich der Ärzte zurecht hinweist, "volle Freizügigkeit, wirkliche Weltfreizügigkeit", [127] und gerade diesem Merkmal wird auch heute noch im Hinblick auf die sog. "freien Berufe" eine besondere Bedeutung beigemessen. [128]

Des weiteren brauchten sie im Mittelalter, wie bereits erwähnt wurde, oftmals z. B. keine Steuern zu zahlen und keinen Wehrdienst zu leisten. Sie waren somit in mancher Hinsicht geringeren Zwängen unterworfen als ihre Mitbürger. Gleichwohl erscheint es zweifelhaft, ob man nur wegen dieser genannten Freiheiten bestimmte Berufe im Gegensatz zu anderen mit dem Prädikat "frei"

---

125) Vgl. Potthoff S. 68 ff.

126) Jacob: Grundsätze der Polizeigesetzgebung und der Polizeianstalten, 2. Aufl., Halle (1837), §134

127) Baas S. 145

128) Vgl. Nachweis bei Brandi S. 21

kennzeichnen kann. Es ist zu bedenken, daß keineswegs alle, die nach heutiger Auffassung einen "freien Beruf" ausüben, die erwähnte Unabhängigkeit hatten. So waren damals die weitaus meisten Ärzte, nämlich die Mehrzahl der Chirurgen, zwangsläufig Mitglieder der Bader- oder Barbiererinnungen und in ihrer Berufsausübung entsprechend gebunden. [129] Unzünftige Künstler gab es höchstens bei den Dichtern und Sängern, nicht dagegen bei Malern und Bildhauern. Schließlich wurde die Befreiung von bestimmten öffentlichen Pflichten im Mittelalter einerseits nicht allen Medizinern und Anwälten in gleicher Weise gewährt, andererseits wurden u. U. auch die Angehörigen zünftiger Berufe "von Frohn und Wache und jeglichem Wachgeld befreit." [130] Allgemein läßt sich feststellen, daß in den einzelnen Orten und zu den verschiedenen Zeiten die Rechte und Pflichten ganz unterschiedlich auf die diversen Gruppen der Bürger verteilt waren. [131] Unter diesen Umständen ist es fraglich, inwieweit das Merkmal der Freiheit von bestimmten Zwängen oder die Stellung einiger Berufe in der Gesellschaft überhaupt geeignet sind, "freie" Berufe von anderen zu trennen. Nicht nur die Freiheiten der verschiedenen Berufe, sondern auch die des gleichen Berufsstandes waren in den einzelnen Städten zu stark von einander abweichend, als daß das Fehlen spezieller Bindungen als das gemeinsame Kennzeichen der "freien Berufe" früherer Zeit angesehen werden könnte. Eine solche Betrachtungsweise, die unbedingt versuchte, das Wort "frei" in diesem Zusammenhang etwa auf eine ausschließliche und gemeinsame Freiheit jener Berufe vor staatlichen Eingriffen o. ä. zurückzuführen, würde auch die

---

129) Auch die Lehrer (Erzieher), die in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG als Freiberufler bezeichnet werden, und die Apotheker, die heute Mitglieder im Bundesverband der freien Berufe sind (vgl. dessen Jahresbericht 1969 /70, S. 44), hatten früher wie die Handwerker eine rein zünftige Verfassung mit Lehr- und Gesellenzeit und späterer Meisterprüfung. Daher z. B. noch die Bezeichnung "Schulmeister" ! Vgl. Baas S. 250, 334 und Heil: Die deutschen Städte und Bürger im Mittelalter, Leipzig (1903), S. 134

130) So etwa die Apotheker in Frankenthal, vgl. Kraus aaO. (1911), S. 5

131) So gab es z. B. eine regelrechte Hierarchie der Zünfte, entsprechend ihrer rechtlichen und sozialen Stellung. Maschke S. 294 f. mit Nachweisen und Heil S. 82

Gedankenwelt des Mittelalters nicht genügend berücksichtigen. "Frei" war damals - stärker als heute - ein "schillernder Begriff". [132] "Frei" konnte, dem jeweiligen Bezugspunkt entsprechend, die unterschiedlichsten Bedeutungen haben, und dieser Begriff wurde - anders als dann im 19. Jahrhundert - auch keineswegs sofort mit "Schutz vor staatlichen Eingriffen" assoziiert.

b) Die unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffs "freie Berufe"

Es darf uns daher nicht verwundern, daß die Bezeichnung "freie Berufe" oder auch "freie Künstler" o. ä. im Mittelalter durchaus nicht einheitlich und ausschließlich für eine bestimmte Gruppe von Berufen Verwendung fand. So galten z. B. als "freie Berufe" solche, die noch nicht in Innungen organisiert waren, die sich aber darum bemühten, das Zunftrecht verliehen zu bekommen, um dann den Zunftzwang ausüben zu dürfen. [133] "Freiberuflich" arbeiteten auch diejenigen, die trotz bestehender Genossenschaft, sei es illegal als Pfuscher oder Bönhase, sei es berechtigterweise als sog. "Freimeister", ihr Handwerk ausübten, ohne Mitglied einer Zunft zu sein.
Schließlich gab es - in der Regel unzünftige - Personen, die nicht zur "bürgerlichen Nahrung" (Handwerk, Handel) gerechnet wurden, weil sie "sogenannte freie Künste nicht bloß nach mechanischen Regeln" übten. [134] Es waren dies Leute, die nicht im Wortsinne handwerklich arbeiteten, sondern ihren Mitbürgern in erster Linie aufgrund besonderer Bildung oder Begabung ihre geistigen Fähigkeiten zur Verfügung stellten. [135] Zu den "freien Künsten" in der

---

132) W a a s : Die alte deutsche Freiheit, München, Berlin, (1939), S. 6, F e h r : Zur Lehre vom mittelalterlichen Freiheitsbegriff, insbesondere im Bereiche der Marken, in : Mitteilungen des österreichischen Institutes für Geschichtsforschung Bd. 47 (1933,) S. 291

133) Vgl. oben Teil II § 3 I 1 und M u m m e n h o f f S. 30

134) S c h i l l i n g S. 229, R u n d e S. 439

135) An diese Gruppe wird wohl vorzugsweise gedacht, wenn heute von "freien Berufen" die Rede ist. Vgl. RFHE 14, 147; 21, 245; FinG Düsseldorf in EFG 1961, 346

letztgenannten Bedeutung des Wortes zählte man daher die Künstler i. e. S. [136] und alle diejenigen, die eine wissenschaftliche Ausbildung genossen hatten. [137]

c) Die sogenannten "artes liberales"

In diesem Zusammenhang stoßen wir auf den Kreis der sog. "artes liberales". Einige zeitgenössische Autoren sprechen ausdrücklich davon, der heutige Begriff der "freien Berufe" führe in seinem Ursprung auf das alte System der artes liberales zurück. [138] Andere bezweifeln dies zwar, vertreten jedoch die Ansicht, es best ünden soviele tatsächliche oder gedankliche Verbindungen zwischen den freien Berufen und den artes liberales der Vergangenheit, daß eine rückschauende Betrachtung hier nachträglich einen Zusammenhang zwischen beiden hergestellt habe. [139] Auf jeden Fall ist es unter diesen Umständen angebracht, das Wesen und die Bedeutung der früheren artes liberales näher zu betrachten, weil eine solche Untersuchung auch für das Verständnis und die richtige Einordnung der heutigen "freien Berufe" erfolgversprechend erscheint. Das System der artes liberales hat eine lange, wechselvolle Geschichte. Es ist letzten Endes ein Erbe der Antike. [140] Es beinhaltete die

---

136) Auch z. B. die Dichter rühmten sich nicht ihrer Kunst, sondern ihrer Bildung. Siehe dazu W i l p e r t im Vorwort S. IX zu "Beiträge zum Berufsbewußtsein des mittelalterlichen Menschen" in: Miscellanea Mediaevalia, Bd. 3, Hrsg.: Paul Wilpert (1964)

137) Interessant ist hierbei der folgende Hinweis bei K r i e g k S. 2 f.: "Jeden Arzt nannte man anfangs Magister oder Meister. Dieser Titel bedeutete im Munde des Volkes einen Mann, welcher die zu seinem Geschäft nötigen Kenntnisse und Fertigkeiten besaß." "Die Wörter Magister und Meister bezeichneten jedoch auch eine akademische Würde." "Wegen dieser zwiefachen Bedeutung beider Wörter wurde der Besitz der eigentlichen Magister-Würde dadurch kenntlich gemacht, daß man dem Worte Magister einen Zusatz gab. So etwa ' in medicinis magister ' oder ' Meister in den 7 freien Künsten '." (Hervorhebung durch den Verfasser)

138) Vgl. B l ü m i c h - B o y e n s § 2 Anm. 54 a

139) In diesem Sinne S c h e u n e r S. 431 Fußnote 17

140) Zu den artes liberales siehe besonders: A b e l s o n : The Seven Liberal Arts, New York (1965) und: Artes liberales - von der antiken Bildung zur Wissenschaft des Mittelalters, Hrsg. J. K o c h , Stuttgart (1959)

verschiedenen Wissensgebiete, mit denen die Gebildeten nach den Idealvorstellungen ihrer Zeit vertraut sein mußten. Die Philosophen und Denker in Athen und Rom forderten die Unterweisung in Geometrie, Arithmetik, Musik, Leibeserziehung, Zeichnen und manchmal auch in Astrologie, Medizin, Architektur u. a.[141a] Anfang des 6. Jahrhunderts n. Chr. wird bei Cassiodorus (480 - 575 n. Chr.), soweit ersichtlich, erstmals expressis verbis von den klassischen "sieben freien Künsten" gesprochen, die im Mittelalter zu besonderer Bedeutung gelangen. Sie werden in der Folgezeit eingeteilt in die Formaldisziplinen des "Triviums" (Grammatik, Rhetorik, Dialektik), die nicht Wissensstoff, sondern Geistesschärfe vermitteln sollen, und in das "Quadrivium", d. h. die artes reales oder physica (Arithmetik, Geometrie, Astronomie, Musik).

Die Frage, warum die Beschäftigung mit diesen Problemen eine "freie" sei, wurde offenbar schon damals nicht einheitlich beantwortet. Hugo v. St. Victor spricht in diesem Zusammenhang von mechanischen oder nachgemachten (adulterinae) Künsten, die "von der Tätigkeit des Handwerks handeln, welche von der Natur ihre Weise entlehnt." Diesen stellt er die sieben anderen Künste gegenüber, die " 'liberales' - die freien - heißen, entweder weil sie einen freien, d. h. einen durch nichts behinderten und wohlgeschulten Geist fordern, da sie ja über die Ursachen der Dinge in scharfsinniger Weise Gründe und Gegengründe vorbringen, oder weil nur die Freien der alten Zeit, d. h. die Edelgeborenen, sich denselben zu widmen pflegten, während die gewöhnlichen Leute von geringerer Herkunft sich mit den mechanischen Künsten beschäftigten, weil diese Erfahrung in der körperlichen Arbeit voraussetzten."[141] Vermutlich sind beide Erklärungen für die Herkunft der Bezeichnung "freie" Künste zutreffend, zumal beide Gesichtspunkte nicht beziehungslos neben einander stehen. In der Regel war es nämlich nur den begüterten Adeligen möglich, sich für

---

141) Hugo v. St. Victor : Das Lehrbuch("Didaskalikon"), übersetzt, eingeleitet und erläutert von J. Freundgen, in: Sammlung der bedeutendsten pädagogischen Schriften Bd. 23 (1896), S. 92 (= II. Buch, Kap. 21 des Didaskalikon)

141a) Nachweise im einzelnen bei Abelson S. 2 ff. und Koch (artes liberales) S. 23

längere Zeit mit theoretischen Problemen zu befassen und Wissen zu erwerben, welches nicht unmittelbar geeignet war, später den Lebensunterhalt zu sichern. Sie waren daher auch leichter in der Lage, ihren Geist frei und unbeeinflußt von finanziellen Erwägungen zu betätigen.

Bei den Römern z. B. war aber für die Benennung "artes liberales" besonders der bei Hugo v. St. Victor an zweiter Stelle aufgeführte Grund ausschlaggebend. [142] Es galt bei ihnen als unehrenhaft für einen Freien, einen Sklavenberuf auszuüben, und als Sklavenarbeit betrachtete man jede Art von Handarbeit. Die Freien schauten auf alle herab, die körperliche Mühsal auf sich nehmen mußten, um ihren Lebensunterhalt zu verdienen. Als "honorige" Beschäftigung erschien ihnen allein das unmittelbare Engagement im Staatsdienst um seiner selbst willen und die Ausübung einiger anderer "liberaler" Berufe, die nicht mit anstrengender Handarbeit verbunden waren. [143]

Dieses vordergründige Kriterium der Handarbeit war z. B. auch entscheidend für das unterschiedliche Ansehen der Künstler in der Antike. Dem Dichter, der scheinbar mühelos seine Verse verfaßte, erwies man große Ehren. Der bildende Künstler hingegen galt als Banause. Typisch für diese Auffassung ist die Feststellung Senecas: "Die Götterbilder betet man an und opfert ihnen, aber die Bildhauer, die sie geschaffen haben, verachtet man." [144] Cicero faßte die Ansicht seiner Zeit in dem Satz zusammen: "Allen Handwerkern klebt Schmutz und Niedrigkeit an." [145] Da sich z. B. die Medizin ebenfalls als vorwiegend praktische Tätigkeit darstellte, genoß auch sie bis ca. 100 v. Chr. nur geringes Ansehen und wurde nur von Sklaven und Freigelassenen (servi medici und medici liberales), nicht jedoch von frei Geborenen ausgeübt. [146]

---

142) Vgl. die Anmerkung Freundgens aaO. S. 92 Fußnote 1, und Berlepsch: Chronik der Gewerke, Bd. I, St. Gallen (1850), S. 13

143) Vgl. Dunkmann: Stichworte "Beruf" und "Berufe" in Handwörterbuch der Arbeitswissenschaft, Halle (1930), Bd. I, Sp. 793

144) Lactantius: Div. Inst. II 2, 14, zitiert nach Hauser Bd. I, S. 124

145) Zitiert nach Freundgen aaO.

146) Vgl. Leibbrand S. 53

Obwohl das Christentum auf die Würde jeglicher ehrlichen Arbeit und ihre Bedeutung für die menschliche Gemeinschaft hinwies, rekrutierte sich der Stand der Gewerbetreibenden und bildenden Künstler bis zum Beginn des Mittelalters weiterhin fast ausschließlich aus "Leibeigenen und Knechten, die jeder Herr, je nach Bedürfnis, auf seinen Gütern hielt." Sie wurden z. T. wie Waren zum Verkauf ausgestellt, und es gibt keine urkundlichen Nachweise, daß "auch Freigeborene sich mit der Betreibung der Handwerke für andere zur Zeit des 8. Jahrhunderts beschäftigt hätten." [147] Die von früher überkommene "Entwertung und Degradation der Handarbeit" [148] wurde nur ganz langsam abgebaut. [149] Selbst als die Zünfte zu einer bestimmenden Kraft in den Städten und im großen Umfang kulturschöpferisch tätig geworden waren, hielt man an dem alten Begriff der "artes liberales" fest und verband ihn weiterhin mit der Vorstellung an eine besonders ehrenhafte Beschäftigung. Wie schon dargelegt wurde, erwartete man nämlich,daß jeder Gebildete mit dem Trivium und dem Quadrivium vertraut war. Der Lehrplan der geistlichen (Latein-) Schulen umfaßte deshalb zwei Unterrichtsstufen. Die Klosterschulen vermittelten die einfache (Laien-) Bildung, indem sie den Schülern das Trivium nahe brachten (daher der Name Trivialschulen). Wer sich darüber hinaus dem wissenschaftlichen Studium widmen wollte, tat dies auf dem Studienwege des Quadriviums, das ausschließlich an den Dom- und Kathedralschulen der Bischofssitze gelehrt wurde. Dagegen gehörte z. B. die Medizin nicht zum Unterrichtsstoff dieser Schulen, und erst Karl der Große empfahl in dem Capitulare von Thionville (805), auch sie als "Physica" zu lehren. Dies betraf jedoch nur die innere Medizin, während alle mit der Hand ausgeübten Disziplinen, wie etwa die Chirurgie, weiterhin von den höheren Schulen und später den Universitäten verbannt blieben. [150]

---

147) B e r l e p s c h S. 13, 14

148) S c h w e r : Stand und Ständeordnung im Weltbild des Mittelalters, 2. Aufl., Paderborn (1952), S. 59

149) Sie ist selbst heute noch nicht ganz überwunden. S. u. Teil II § 4 III 1) c)

150) Vgl. B a a s S. 128, K l e m m : Technik - eine Geschichte ihrer Probleme, Freiburg (1954), S. 60

Aber auch nachdem u. a. Medizin und Jurisprudenz als eigenständige [151] und ehrbare Wissenschaften allgemein anerkannt worden waren, wurden sie nicht in den engeren Kreis der klassischen sieben artes liberales aufgenommen. [152] Man beschäftigte sich vielmehr mit den artes liberales in Form eines studium generale vor dem eigentlichen Fachstudium. [153]

Das Studium der Medizin, Juristerei oder Theologie vollzog sich noch im 12. Jahrhundert in der Regel an "höheren Fakultäten" außerhalb der "Artistenfakultät". Das Studium der artes vermittelte dazu nur die Grundausbildung. Man beabsichtigte in erster Linie nicht, mit Hilfe der erworbenen Kenntnisse Geld zu verdienen, es wurde vielmehr eine universelle Bildung des Geistes angestrebt. [154] Der Mensch sollte sich z. B. durch Beschäftigung mit dem Quadrivium in Einklang setzen mit der kosmischen Ordnung. Geometrie und Musik waren nicht nur, wie heute, die Lehren von der Eigenschaft räumlicher Figuren und von der Tonkunst. Sie waren gleichzeitig die Lehren von den Proportionen und der Harmonie in der umfassenden Bedeutung des Wortes. Sie waren von allgemeinem Nutzen für jeden, der sich bemühte, Ordnungsprinzipien zu erkennen, zu verstehen und ihnen gemäß zu handeln. Sie dienten Ärzten und Priestern, Philosophen und Juristen, Architekten und Mechanikern. Das Fachstudium, das der Beschäftigung mit den artes liberales nachfolgte, war, so besehen, nur eine Vertiefung des umfassenden Harmoniestrebens auf einem bestimmten Gebiet. Krankheit und Verbrechen verstand man als eine Störung der Ordnung im Körper oder in der Seele des Menschen bzw. im Gefüge der Gesellschaft.

---

151) Grundkenntnisse wurden schon längere Zeit vorher in den Ordensschulen im Rahmen der Rhetorik und der Theologia moralis practica gelehrt. Vgl. T r u s e n S. 116 ff.

152) H u g o v. St. V i c t o r (II. Buch, Kap. 21) stellt sogar die Medizin zusammen mit der Webekunst, Waffenschmiedekunst, Schiffahrt, Landwirtschaft, Jagd und Schauspielkunst als die "sieben artes mechanicae" den "sieben artes liberales" gegenüber. Siehe aaO. S. 92

153) Vgl. L e i b b r a n d S. 72, v. S c h w e r i n bei M a g n u s S. 465

154) "Man studierte damals nicht um eines Berufes willen, sondern um des Studiums willen." L e i b b r a n d S. 74

Mediziner und Advokaten waren daher bestrebt, dem einzelnen und dem Staat dadurch zu dienen, daß sie sich um Gesundheit und Gerechtigkeit bemühten und somit letztlich den Gedanken der Harmonie in concreto zu verwirklichen suchten. Ihr Trachten richtete sich deshalb in erster Linie darauf, ein ideelles Ziel zu erreichen oder ihm möglichst nahe zu kommen. So besehen, kann man auch die Medizin und die Rechtswissenschaft zu den "freien Künsten" zählen, wenngleich sie nie zu den berühmten sieben artes liberales des Mittelalters gehörten. Dieses enge System wurde aber seit dem Ende des 12. Jahrhunderts durch die allgemeine Erweiterung und Spezialisierung des Wissens zunehmend gesprengt. Zu den artes rechnete man schließlich alle Fachgebiete, die wissenschaftlich, d. h. mit scharfem Geist und um der Sache selbst willen betrieben wurden.

Die vorstehenden Erörterungen erleichtern nachträglich das Verständnis dafür, weshalb z. B. die Berufe des Arztes oder Anwalts, die heute zu den klassischen "freien" Berufen gerechnet werden, im Gegensatz zu den meisten anderen auch zunftfrei waren, wenigstens soweit die Heilkundigen und Sachwalter eine höhere Bildung genossen hatten. Diese besondere Bildung konnten sie nämlich - im Unterschied etwa zu den Handwerkern - nicht bei einem Meister der örtlichen Gilde erwerben, sondern sie mußten in der Regel auswärts studieren, meist sogar im Ausland.
Außerdem war ihre Zahl während des Mittelalters noch so gering, daß bei ihnen schon deshalb keine Möglichkeit und wohl auch kein Bedürfnis bestand, in den Städten Innungen zu gründen und allen Außenstehenden die Berufsausübung zu untersagen.
Schließlich aber - und das ist wohl der entscheidende Grund - paßte die gesamte zünftige Organisation, wie sie damals allgemein gehandhabt wurde, mit ihrer geistigen Enge und zunehmenden Abkapselung von allem Neuen nicht zu den sog. "freien Berufen". [155] An den höheren Lehranstalten und Universitäten, die die doctores besucht hatten, bemühte man sich ja gerade darum, das Wissen und die intellektuellen Fähigkeiten zu mehren, Gedankenexperimente anzustellen, Für und Wider jedesmal kritisch zu prüfen und den Dingen

155) Es ist jedoch interessant, daß die mit durchaus anderen Intentionen geschaffenen öffentlich-rechtlichen Ärzte- und Rechtsanwaltskammern viele Ähnlichkeiten mit den Zünften aufweisen. Auf diese Kammern wird noch später einzugehen sein.

auf den Grund zu gehen. Die Beschäftigung mit dem Trivium und dem Quadrivium sollte hauptsächlich eben dieser allgemeinen Schulung des Geistes dienen. A b e l s o n erklärt daher zutreffend: "The history of the seven liberal arts is a history of education or at least of organized school work during the Middle Ages." [156] Die artes liberales sind Ausdruck des Bildungsideals jener Zeit. Ihre obersten Leitsätze waren das Streben nach Vollkommenheit und die kompromißlose Suche nach der Wahrheit. Losgelöst von allen wirtschaftlichen Erwägungen, bestimmte der unabhängige Geist den einzuschlagenden Weg zu diesem edlen Ziel. Auch in diesem Sinn handelte es sich bei den artes liberales um "freie" Künste.

d) Das "Prinzip der Nahrung"

In der modernen Literatur werden die "freien" Berufe besonders unter jenem letztgenannten Blickwinkel betrachtet. Es wird erklärt, diese Berufe zeichneten sich vor allen anderen dadurch aus,daß sie seit jeher in der Regel nicht des persönlichen Vorteils wegen erlernt und ausgeübt worden seien. Zur Unterstützung dieser Anschauung verweist man z. B. auf die frühen standesrechtlichen Bindungen der Physici und Advokaten, ihre durch Eidesleistung bekräftigte Verpflichtung, den Patienten oder Klienten ohne Ansehen der Person zu helfen, und auf die Festlegung der zulässigen Gebühren in Taxordnungen. [157]

Die vorstehenden Ausführungen machen nun zwar deutlich, daß die artes liberales in der Tat "nur" ein Bildungs- und Erziehungssystem darstellten und ihr Studium mehr der geistigen als der finanziellen Bereicherungsmöglichkeit dienen sollte, trotzdem darf der Gesichtspunkt der Selbstlosigkeit als Unterscheidungskriterium bei den einzelnen Gruppen der Berufstätigen im Mittelalter nicht überschätzt

---

156) A b e l s o n aaO. Foreword

157) Vgl. etwa D e n e k e (freie Berufe) S. 18, 19, 33

werden. [158] Das Bemühen der Menschen, um jeden Preis große Gewinne zu erzielen und das Vermögen zu mehren, spielte damals ganz allgemein keine so entscheidende Rolle wie in der Gegenwart. Zwar wird die Ansicht, auch Produzenten und Händler hätten nicht mehr als ihr standesgemäßes Auskommen angestrebt, [159] jetzt überwiegend abgelehnt, doch man ist sich darüber einig, daß damals von jedermann erwartet wurde, daß er seinen "Beruf als Dienst an der Gesamtheit, an den Armen und an der eigenen Familie" auffaßte. [160] Es läßt sich nicht mehr behaupten, das "Prinzip der Nahrung" sei im Mittelalter oberstes Gesetz gewesen, aber dem Erwerbsstreben wurde vor allem durch den Einfluß ethischer und religiöser Anschauungen stärkere Fesseln angelegt. Die Theologen wiesen immer darauf hin, daß, wer auch immer bei seiner Beschäftigung allein auf die Erzielung bzw. Steigerung seines Gewinns aus sei, nicht von jeglicher Schuld freigesprochen werden könne. Nicht nur der "Freiberufler", sondern auch der wirtschaftlich tätige Mensch, unterstand somit dem Sittengesetz, das ganz allgemein verlangte, nicht ausschließlich des materiellen Vorteils wegen zu handeln. [161]

Dieser generellen Forderung entsprachen aber offensichtlich sowohl die Handwerker und Kaufleute, als auch z. B. die Ärzte und Anwälte nur sehr unvollkommen. Ideal und Wirklichkeit klafften erheblich auseinander, und die Obrigkeit sah sich häufig ja gerade deswegen gezwungen, die Berufstätigen zu einer gewissenhaften und ehrbaren Berufsausübung zu verpflichten und zumindest die Preise für die notwendigsten Gebrauchsgüter und die besonders wichtigen Dienstleistungen der Mediziner und Juristen durch Taxordnungen festzulegen. Diese Vorschriften bezüglich Preisgestaltung und Berufsausübung wurden ganz allgemein gegen Ende des Mittelalters und zu Beginn der Neuzeit aus unterschiedlichen Gründen von Staats wegen vermehrt und verschärft.

---

158) Auf das Problem des Erwerbsstrebens bei den heutigen "freien Berufen" wird später noch ausführlicher eingegangen. Siehe unten Teil II § 4 III 6)

159) Sombart, zitiert nach Höffner S. 2. Vgl. auch Kraft S. 57

160) Höffner S. 161. Vgl. auch Paulus: Die Wertung der weltlichen Berufe im Mittelalter, in: Historisches Jahrbuch Bd. 32 (1911), S. 736 ff.

161) Vgl. Wege S. 2, Höffner S. 164, Lütge S. 152 ff.

II

Die Stellung der Handwerker, Künstler, Ärzte und Anwälte im absolutistischen Deutschland

E s würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen, wenn nun der Versuch unternommen werden sollte, die Stellung der verschiedenen Berufe in jedem der vielen Einzelstaaten des absolutistischen Deutschlands aufzuzeigen. Ein Blick auf das buntscheckige Bild der Landkarte jener Zeit läßt eine solche Absicht als beinahe aussichtsloses Unterfangen erscheinen. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher im wesentlichen auf die Darlegung der Verhältnisse in Brandenburg - Preußen, zumal die Geschichte der uns hier interessierenden Berufe in diesem Staat cum grano salis stellvertretend stehen kann für ihre Entwicklung in ganz Deutschland.

1) Handwerker

Seit dem 15. Jahrhundert hatten sich die unerfreulichen Zustände bei den Handwerkern fortlaufend verschlimmert. Die Zünfte mißbrauchten ihre Macht. Innerhalb der Stadtmauern, die einst die Freiheit verbürgten, kam es nun infolge eines verhärteten Egoismus zu einem "feigen Jagen bemittelter, privilegierter Amtsmeister auf wehrlose Bönhasen." [162] Ganze Kategorien der Bevölkerung waren als "unehrlich und unredlich" von den Innungen - und damit von dem Erlernen der meisten Berufe - ausgeschlossen, z. B. die Kinder der Schäfer, Leineweber, Vögte, Wächter, Zöllner, Bader etc. [163] Unter dem Deckmantel der Sorge um die "Reinheit des Handwerks" kam es zu entwürdigenden und unsinnigen Forderungen und Auswüchsen. [164] So verlangten die Zünfte nicht mehr allein den Nachweis der ehelichen

---

162) B ö h m e r t : Beiträge zur Geschichte des Zunftwesens, Leipzig (1862), S. 28

163) M e y e r : Geschichte der preußischen Handwerkerpolitik, Minden (1884), Bd. I, S. 5

164) Die vielleicht beschämendste Unsitte war die sog. "Bettsetzung", d. h. die Prüfung der Jungfräulichkeit der Verlobten eines Meisters. Vgl. dazu B ö h m e r t S. 40

Abstammung jedes Mitgliedes, sondern auch den seiner Eltern und Großeltern. Die rigorose Abkapselung der Genossen verbunden mit dem Zunftzwang wirkte natürlich hemmend auf die allgemeine Entwicklung, weil dadurch vielen fähigen Kräften die Berufsausübung unmöglich wurde. Diese lähmende Wirkung wurde noch dadurch verstärkt, daß die Innungsmitglieder auch innerhalb ihrer Vereinigungen aus eigennützigen Motiven allem Neuen ablehnend gegenüberstanden. Als "klassisch" gilt in diesem Zusammenhang jene Formulierung in einer Thorner Zunfturkunde aus dem Jahre 1523, die ihre eigentliche Bedeutung erst im 17. und 18. Jahrhundert gewinnt: "Kein Handwerksmann soll etwas Neues erdenken oder erfinden oder gebrauchen." [165]

Die mittlerweile erstarkte Territorialgewalt sah sich unter diesen Umständen veranlaßt, die selbstherrliche Machtausübung der Gilden unter ihre Kontrolle zu bringen und einzuschränken. Sie begann auch mehr und mehr, ihre Verantwortung für die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung zu fühlen, und erkannte, daß das verkrustete Innungswesen den ökonomischen Fortschritt behinderte. Die brandenburg - preußische Reformpolitik in den Jahren nach 1640 ist deshalb der Versuch, die alten städtischen Innungen in eine staatliche Institution zu verwandeln. [166] Es lassen sich dabei drei Etappen feststellen:

Zunächst wurde den Zünften ihr Weiterbestehen auf der überkommenen Basis zugesichert. Der Große Kurfürst brachte jedoch unter Umgehung des Stadtrats das Recht für die Bestätigung ihrer Privilegien an sich. Diese blieben zwar im wesentlichen unangetastet, es wurde aber zugleich nachdrücklich betont, daß ihre Rechtsquelle allein der Herrscherwille sei. Den Zünften wurden also die meisten ihrer Privilegien belassen, sie selbst aber wurden unter die Oberhoheit des Staates gestellt. [167]

Der zweite Schritt brachte eine Zurückführung der politischen Zunftrechte auf ein dem Staat erträgliches Maß. Die Innungen wurden

---

165) Siehe bei Lütge S. 313

166) Vgl. Schmoller : Das brandenburgisch - preußische Innungswesen von 1640 - 1806, in: Forschungen zur brandenburgischen und preußischen Geschichte, Bd. I (1888), S. 60, 102 ff., Meyer Bd. II, S. 23 f.

167) Vgl. dazu § 72 Abs. 6 des Recesses vom 26. 7. 1653 (abgedruckt bei Meyer Bd. I, S. 56 f.)

zudem durch den Steuerkommissar, ein Organ, das in dem Accise - Edikt vom 15. 4. 1667 seinen Ursprung hat, wirksam beaufsichtigt. [168]

Schließlich folgte der verstärkte Kampf gegen den Mißbrauch des Zunftzwanges, der der staatlichen Wirtschaftspolitik (Kolonisation, Hebung der Industrie) entgegenstand. Da viele der damit verbundenen Fragen nicht an den Ländergrenzen haltmachten, bemühte sich der Große Kurfürst um eine einheitliche Regelung im gesamten Reichsgebiet. Erst seinem Nachfolger, Friedrich-Wilhelm I., gelang es jedoch, im Jahre 1731 den "Reichsabschluß wegen Abstellung der Unordnungen und Mißbräuche bei den Handwerkern" [169] durchzusetzen. Dieser verfügte u. a. die Zulassung aller Leute Kinder zur Erlernung der Handwerke, mit Ausnahme der Schinder- oder Abdeckerkinder bis auf die zweite Generation (§ 4) und die Gleichstellung der unehelich geborenen Kinder mit den ehelichen bei der Zulassung zum Handwerk (§ 11). 1733 erließ Friedrich-Wilhelm I. ein Generalprivileg, in dem er im wesentlichen die Vorschriften des Reichsabschlusses in Preußen zur Ausführung brachte. Es gestand den Gilden zwar weiterhin grundsätzlich ein Verbietungsrecht zu, verlieh aber im verstärkten Umfang auch Unzünftigen das Gewerbe- bzw. Meisterrecht. [170] So entstand neben den zünftigen Handwerkern eine zunftfreie Industrie. [171]

Nach der einheitlichen Ordnung des Gewerbewesens durch Friedrich-Wilhelm I. hat sich in Preußen bis etwa 1810 nichts Prinzipielles mehr am Innungsrecht geändert. Auch "das prALR Teil II Titel VIII Abschnitt III §§ 179 - 400 gibt nur in geläuterter Sprache die Grundsätze der laufenden Verwaltung wieder." [172] Erst im 19. Jahrhundert

---

168) Vgl. Rudolph : Zunftverfassung und Gewerbefreiheit im preußischen Gewerberecht bis 1845, Diss. Jena (1935), S. 3 f., Meyer Bd. I, S. 62

169) Abgedruckt bei Ortloff : Corpus Juris Opificiarii oder Sammlung von allgemeinen Innungsgesetzen und Verordnungen für die Handwerker, Erlangen (1804). Zur Vorgeschichte dieses Gesetzes vgl. Meyer Bd. I, S. 73 ff.

170) Vgl. Meyer Bd. II, S. 24, Schmoller S. 102

171) Vgl. Rudolph S. 12, Schmoller S. 100

172) Schmoller S. 339, Abdruck der entsprechenden Bestimmungen des prALR bei Ortloff aaO.

kommt unter dem Einfluß der französischen Revolution auch die Entwicklung des Gewerberechts erneut in Bewegung und führt praktisch zu dem Zustand, der heute noch besteht.

2) Künstler

"Mit der Verfeinerung der Sitten und der fortschreitenden Zunahme des Reichtums, des Wohllebens und des Luxus der Bürger wie der Prunkliebe der Fürsten hält die Entwicklung des Handwerks gleichen Schritt. " [173] Viele Handwerker entwickelten sich nach und nach zu Kunsthandwerkern, und die begabtesten unter ihnen emanzipierten sich - zumal in der Renaissance - durch individuelles, schöpferisches Schaffen zu unabhängigen Künstlerpersönlichkeiten im heutigen Sinn. Der Papst und die reichen Städte bemühten sich um die besten Baumeister, Maler und Bildhauer. Auch die vielen Fürsten wetteiferten untereinander, berühmte Künstler an ihren Hof zu ziehen. Diese Tendenz und die zunehmende Vorliebe für das unvertretbare Schaffen, im Gegensatz zur früheren Werkstattarbeit, förderten die allgemeine Zunftbefreiung der bildenden Künstler. [174] Es kam hinzu, daß die einzelnen monarchischen Staaten seit dem Ende des 17. Jahrunderts eigene Akademien für die Künstler einrichteten, damit diese, entsprechend dem von den Fürsten bevorzugten und deshalb alles beherrschenden Stil, geschult und mit den unterdessen hochentwickelten Arbeitstechniken vertraut gemacht werden konnten. [175] Die staatlichen Gesetze trugen nun auch den jeweiligen Besonderheiten der Künstler und Handwerker Rechnung und wurden nicht mehr in jedem Fall unterschiedslos auf die verschiedenen Berufsgruppen angewendet. So wurden z. B. die Künstler von einer Neuregelung im Reichspatent von 1732 ausgenommen, weil "das Reichspatent nur die gemeinen Handwerker angehe." [176] Das prALR unterschied darüber hinaus

---

173) Mummenhoff S. 34

174) Vgl. Hauser Bd. I, S. 331, Dehio: Bd. III, S. 15

175) Dehio Bd. IV, S. 19

176) Nachweis bei Meyer Bd. II, S. 88

zwischen Künstlern mit akademischer Ausbildung und anderen, die eine solche nicht genossen hatten. Die erstgenannten durften ohne Einschränkung ihr "Gewerbe überall in königlichen Landen treiben." Dagegen wurden letztere noch den Bestimmungen der Zunft unterstellt. [177]

Der soziale Aufstieg der Künstler - besonders der akademisch gebildeten- und die gesteigerte Nachfrage nach ihren Werken drückte sich schließlich in der Höhe der Honorare aus, die die Auftraggeber zu zahlen bereit waren. [178] Neben die übliche gebundene Auftragserfüllung trat nun auch erstmals die Produktion für den Markt und den Sammler. [179]

D en erweiterten Möglichkeiten der Künstler seit der Renaissance stand aber im absolutistischen Staat nicht selten die Unterdrückung individueller Bestrebungen entgegen, da dieser "nur die Verherrlichung der in der Person des Königs verkörperten Staatsidee gelten läßt." [180] Die Künstler lebten häufig vom Mäzenatentum der Fürsten. Wer aber zum Hof ging, mußte "seinen Nacken beugen, sich zum Dienen geschmeidig machen." [181] Die Kunst vermochte sich unter diesen Umständen nicht völlig ungehindert zu entfalten, sie wurde vielmehr vom absolutistischen Herrscher festen Regeln unterworfen, deren Ausführung - besonders in Frankreich - der Gerichtshof der Akademie überwachte. [182] Im Zuge der Aufklärung verlangten die Künstler jedoch später nach größerer Unabhängigkeit. Sie wollten nicht mehr, wie im Absolutismus, Hofbedienstete, sondern "die freiesten der freien Menschen sein." [183] So wurden sie Ende des 18. Jahrhunderts und im 19. Jahrhundert zu Wegbereitern der allgemeinen bürgerlichen Freiheit.

---

177) Vgl. prALR Teil II, 8. Titel, 4. Abschnitt §§ 401 - 404

178) Vgl. H a u s e r Bd. I, S. 339

179) Der erste namentlich bekannte Kunsthändler stammt aus dem 16. Jahrhundert. Vgl. H a u s e r Bd. I, S. 321

180) Vgl. H a u s e r Bd. I, S. 479

181) D e h i o Bd. III, S. 279

182) D e h i o Bd. III, S. 282

183) D e h i o Bd. III, S. 414

3) Ärzte

Seit dem Anfang des 16. Jahrhunderts nahm sich der Staat, der nun bemüht war, jeden Lebensbereich zu regeln, auch verstärkt des Medizinalwesens an, einerseits weil er dessen besondere Bedeutung für die Volksgesundheit erkannt hatte (Stadtärzte, Spitäler etc.), andererseits zur Bekämpfung von Scharlatanerie, Geldschneiderei und anderen Mißständen.[184] Die Ärzte, die zunehmend über die wachsende Konkurrenz und ihren zu geringen Verdienst klagten,[185] begannen - wie vorher nur die Zünfte - bestimmte Bevölkerungsgruppen zu verunglimpfen und betrachteten sie als unwürdig, ihren Beruf auszuüben. So wurde 1657 behauptet, "daß die Promotion eines Juden zum Dr. med. gegen die christliche Religion, geistliche und weltliche Rechte, bürgerliche Ehrbarkeit streite, mithin null und nichtig, ja eine Schande der Arzneikunst sei."[186] Selbst noch im Jahre 1766 verweigerten in Frankfurt die Kollegen einem promovierten Physikus die Aufnahme in das collegium medicorum, da er als Sohn eines Scharfrichters der "Abkömmling eines solchen Abscheus der menschlichen Gesellschaft" sei.[187] In der Bevölkerung fanden zudem die Beschwerden kein Ende, daß "die Medici nicht nur die Körper purgieren, sondern auch die Börsen, und machen zwar die Kranken gesund, den eigenen Beutel aber noch gesünder."[188]

Keineswegs besser als bei den Physici war das Standesethos der Wundärzte entwickelt, die offenbar auch nicht immer redlich mit ihren Patienten verfuhren.[189] Weil die Heilkunst so insgesamt

---

184) Baas S. 254 mit Nachweisen

185) Vgl. Stricker (Beiträge) S. 86, Kraus (1911), S. 21, 38, Baas S. 348

186) Stricker (Geschichte) S. 68 f.

187) Stricker (Beiträge) S. 36 ff.

188) Abraham a Sancta Clara: Etwas für alle - kurze Beschreibung allerlei Stands-, Amts- und Gewerbepersonen. Allen und jeden heilsam und leitsam, ausgewählt und eingeleitet von Dr. R. Eger, München (1960), S. 20

189) Vgl. die "geheime Instruction" eines Wundarztes für seine Kollegen bei Stricker (Beiträge) S. 8 ff. (16/17)

"durch Mißbräuche in spöttlichen Verdacht und vilipendenz gerathen"[190] war, entstanden überall Medizinalverordnungen mit Taxen. Berühmt ist das preußische Medizinaledikt des Großen Kurfürsten von 1685, das später zum Vorbild für die preußische Medizinalordnung von 1725 und viele ähnliche in den anderen deutschen Staaten wurde. Es wurden darin u. a. zentrale Medizinalkollegien als oberste Gesundheitsbehörden geschaffen. Sie wurden zumeist gebildet aus einer Anzahl beamteter Physici und einigen Chirurgen und Apothekern. Vor diesen hatten nun die zünftigen Barbiere und Apotheker, [191] die vielen Zahnbrecher, Okulisten, Stein- und Bruchschneider, die Hebammen, aber auch die studierten Ärzte, Examina abzulegen, bevor sie ihren Beruf ausüben durften. [192] Die selbständig praktizierenden Mediziner beschwerten sich aber zum Teil darüber, daß auch sie wie Beamte geprüft würden, obwohl sie kein Gehalt vom Staat bezögen und ihre Befähigung bereits an der Universität nachgewiesen hätten. Außerdem waren sie z. B. in Frankfurt /M. keineswegs einverstanden, als die angestellten Stadtärzte im "collegium sanitas" zusammengefaßt und sie selbst als "unter diesem Amt" stehend 1755 im Staatskalender aufgeführt wurden. Eine Rangordnung, so erklärten sie, könne höchstens nach dem Alter stattfinden, im übrigen bildeten alle Ärzte nur ein collegium medicorum. [193] Die staatliche Einmischung war jedoch noch weitergehend. So wurde die ehemalige "Weltfreizügigkeit" der höheren Mediziner nun vielerorts durch staatliche oder städtische Bindungen eingeschränkt, vor allem um Übersetzungen zu verhüten. [194] Statt des früher üblichen Auslandsstudiums wurde jetzt meistens der ausschließliche oder mehrjährige, durch Zeugnisse der Lehrer beglaubigte Besuch einer Landeshochschule obligatorisch, teils um den Bestand und die Frequenz der heimischen Universität zu sichern, teils

---

190) So die Begründung für die Churbrandenburgische Medizinalordnung, zitiert nach Baas S. 256

191) Auch diese waren in Deutschland noch im 18. Jahrhundert zünftig. Vgl. Baas S. 250, 334

192) Vgl. Baas S. 349 ff., Leibbrand S. 215

193) Stricker (Geschichte) S. 50 f.

194) Baas S. 254

um die Landeskinder kontrollieren zu können. Die Professoren mußten zu diesem Zweck u. a. über den Fleiß ihrer Hörer Listen führen. [195] Es berechtigte, wie schon erwähnt wurde, auch nicht mehr allein der Fakultätsabschluß oder die Promotion zur Ausübung des ärztlichen Berufs, sondern erst das bestandene Staatsexamen vor einem der Kollegien von öffentlich angestellten Medizinern. Mancherorts durfte sogar die gesamte Heilbehandlung nur noch von beamteten Heilpersonen besorgt werden. [196] Und dort, wo es noch die "unabhängigen" Ärzte gab, war deren Handlungsfreiheit durch eine Unzahl von öffentlichen Pflichten nahezu erdrosselt: Einhaltung der Taxordnungen, Kurierzwang (vgl. § 200 prStGB), Residenzpflicht, Pflichten bei der Behandlung und Pflicht zu angemessenem Lebenswandel, auch außer Dienst. [197] Darüberhinaus regelte der Staat die Zuständigkeit der Heilkundigen für die verschiedenen Krankheiten, weil sie untereinander sich nicht einigen konnten. Er fügte deshalb in die Medizinalordnungen Bestimmungen ein über das Verhältnis zwischen Ärzten und Wundärzten. Die Ärzte durften danach keine "ordinairen operationes manuales" ausführen, da diese den Barbieren und Badern zukamen. Umgekehrt sollten sich die Chirurgen bei Strafe "aller innerlichen Curen" enthalten. Die Chirurgen hatten aber den Anweisungen der Ärzte Folge zu leisten. [198]

Die strikte obrigkeitliche Reglementierung der ärztlichen Berufsausübung lockerte sich erst wieder Anfang des 19. Jahrhunderts, als im Zuge des Liberalismus die staatliche Einflußnahme auf die

---

195) Baas S. 339

196) Vgl. z. B. das Medizinaledikt des Herzogtums Nassau vom 14.3.1818. Näheres dazu bei Triepel: Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf in: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Leipzig (1911), Bd. II, S. 1 ff. (47)

197) Vgl. im einzelnen die bei Beckmann abgedruckten Medizinalordnungen dieser Zeit, z. B. in Teil 8 und 9 der "Sammlung auserlesener Landesgesetze, welche das Polizey- und Cameralwesen zum Gegenstand haben", Frankfurt (1786 - 1793)

198) So etwa die Lübecker Medizinalordnung von 1740. Vgl. Borner S. 3

Lebensgestaltung des einzelnen allgemein zurückgedrängt wurde und die philantropischen Tendenzen der Aufklärung auch zu einem Wiederaufleben der ärztlichen Ethik führten. [199]

4) Anwälte

Wie bei den Medizinern, so sah der Staat sich auch bei den Anwälten veranlaßt, strengere Zulassungsvoraussetzungen und Berufsausübungsregeln festzusetzen. Die ethischen Grundsätze ihres Standes, wie z. B. Armen unentgeltlich beizustehen und nur gerechte Sachen zu vertreten, galten weiterhin, aber sie wurden von nicht wenigen Advokaten mißachtet, zumal mit dem Verblassen religiöser Vorstellungen der starke Gewissenszwang nachgelassen hatte. [200] Übertriebene Rabulistik und schikanöse Kniffe, Prozeßverschleppung, überhöhte Forderungen gegenüber den Parteien, ja selbst Richterbestechungen waren anscheinend so an der Tagesordnung, daß G. P. H ö n n , der selber als Anwalt und später als Richter wirkte, im Jahre 1708 solche Mißstände mit dem Bemerken rügte: "Und dieses bedarf keiner Exempel." [201] Wenngleich auch in jener Zeit das Sachwalteramt als "hochnützlich und nötig" bezeichnet und gerade von den Advokaten besondere fachliche und menschliche Qualitäten gefordert wurden, [202], so war es um deren allgemeines Ansehen in der Bevölkerung nicht ohne Grund denkbar schlecht bestellt. Die unzähligen gängigen Schimpfworte wie "Juristen - böse Christen", "Advokaten - Schadvokaten","Lügenschmiede" u. v. a. [203] sind hierfür ein beredtes Zeichen. Man warf den Parteivertretern vor: "Schiefe Sachen und krumme

---

199) A c k e r k n e c h t S. 114

200) D ö h r i n g S. 157

201) H ö n n : Nöthige Aufmunterung und Vorschlag zu Verkürtzung derer langwierigen Rechts - Processe, Coburg (1708), S. 21. Vgl. auch H ö n n : Betrugslexicon , Coburg (1753), S. 3

202) Vgl. S p a h t e n Bd. I, S. 11, 47 - 53

203) Vgl. S p a h t e n Bd. I, S. 117 f.

Geschichten drehen sie solange hin und her, bis es aussieht, als seien sie gerade." [204] Schließlich benutzte man sogar folgenden Spruch, unwillige Schweine in den Stall zu treiben: "Ich beschwere euch, ihr sew, das ihr fahret in die stelle so gewiß und schwinde, als doctor und procurator inn die helle." [205]

Der schlechte Ruf der Anwaltschaft seit dem Ende des 16. Jahrhunderts rührte zu einem erheblichen Teil daher, daß eine Anzahl fachlich und charakterlich minderwertiger Elemente durch ihre Machenschaften das Ansehen des ganzen Standes schädigten. [206] In den einzelnen Ländern wurde deshalb nach und nach von allen, die sich als Sachwalter betätigen wollten, der Nachweis einer mehr oder weniger gründlichen Vorbildung verlangt. So hatten in Brandenburg - Preußen nach der Kammergerichtsordnung von 1709 [207] die Advokaten und Prokuratoren, auch wenn sie einen akademischen Grad erlangt hatten, am Kammergericht vor einer Kommission aus Mitgliedern des Gerichtshofes eine Prüfung abzulegen. Dieses Prüfungserfordernis wurde später auch für die Anwälte an unteren Gerichten eingeführt. In der "Allgemeinen Ordnung, die Verbesserung des Justizwesens betreffend" [208] vom 21. 6. 1713 verbot Friedrich-Wilhelm I, daß weiterhin "in Städten und Dörffern Pastores, Küster, Schulmeister, verlauffene Studenten, Schreiber und dergleichen ... in Rechts-Sachen Supplicata" anfertigten. Schriftsätze sollten nunmehr bei Gericht nur noch angenommen werden, "wann solche von recipirten und bekandten Advocatis und Procuratoribus abgefasset oder wenigstens revidiret seyn." Gleichzeitig ordnete Friedrich-Wilhelm I. an, die Zahl der Advokaten zu reduzieren und Rabulisten und Zanksüchtige aus diesem Dienst zu entfernen. Zukünftig sollte dann nur noch ein studierter Jurist zur Advokatur zugelassen

---

204) Abraham a Sancta Clara S. 10

205) Aus einem Brief des Landgrafen Wilhelm IV. von Hessen - Cassel aus dem Jahre 1579, in: Quartalblätter des historischen Vereins für das Großherzogtum Hessen (1879), S. 28 f.

206) In Hessen gehörten die Inhaber eines Doktortitels daher zur 10. Klasse der Bevölkerung und standen im Rang neben den Kammerdienern und Büchsenspannern. Vgl. Runde S. 387

207) Mylius CCM Teil II, 1, Sp. 357 ff.

208) Mylius CCM Teil II, 1, Sp. 517 ff. (547 f.)

w erden und zwar erst, nachdem er sich mit Erfolg dem "Examini rigoroso bei dem Collegio, wobey er recipiret seyn will, in Praesentz derer Advocatorum und anderen gelahrten Leute" unterzogen hatte. [209] Die Gerichte wurden zudem aufgefordert, eine Taxe festzusetzen, wieviel die Advokaten und Prokuratoren von den Parteien fordern durften.

Die drastische Verringerung der Zahl der Sachwalter im Jahre 1713 tat der Rechtspflege gut, zumal die verbliebenen Rechtsbeistände nun ein besseres Auskommen hatten und weniger leicht der Gefahr unredlichen Taktierens erlagen. Wenig geeignet, die Moral der Anwälte zu heben, war dagegen die Unsitte des Ämterkaufs. So hatten nach der preußischen Verordnung vom 16. 9. 1723 Advokaten und Prokuratoren vor ihrer Zulassung einen Betrag zur Rekrutenkasse zu leisten. [210] Dies wurde zwar durch den Codex Fridericianum von 1748 beseitigt, die Anwälte blieben aber weiterhin im hohen Maße vom Staat abhängig, der ihnen genaue Vorschriften bezüglich der Berufszulassung - und -ausübung machte.

Ähnlich wie bei den Ärzten dieser Zeit berechtigte bei den Anwälten nur noch das Studium an einer inländischen Universität und ein zusätzliches Staatsexamen zur Betätigung als Advokat oder Prokurator. [211] Unter Androhung von zwanzig Reichstalern Strafe mußten die Anwälte jedes übertragene Mandat annehmen, [212] , waren aber gleichzeitig verpflichtet, "den Parteien bei einer offenbar ungerechten Sache von ihrem Fürnehmen abzurathen." [213] Außerdem erhielten die Advokaten vor allem im Codex Fridericianus Teil I, Titel 14 [214] eine umfassende Dienstpragmatik, die ihnen eine genaue Anweisung über ihre Pflichten gab und durch die die

---

209) Den anderen wurde später unter Androhung von Leibesstrafen verboten, die Advokatur oder Prokuratur auszuüben. Siehe dazu auch das Edikt vom 24.3.1723 bei M y l i u s CCM Teil II, 1, Sp. 731 ff. (734)

210) M y l i u s CCM Teil II, 1, Sp. 735 ff. "In Hamburg mußten die Gerichtsprokuratoren noch bis 1810 ihre Stellen meistbietend ersteigern." D ö h r i n g S. 125

211) Vgl. die preußische Verordnung vom 16. 9.1723 bei M y l i u s CCM Teil II, 1, Sp. 735 ff.

212) Allgemeines Edikt vom 24. 3.1723 bei M y l i u s CCM Teil II, 1, Sp. 731 ff. (733)

213) Siehe S p r i n g e r : Die Coccejische Justizreform, Diss. Berlin (1914), S. 52

214) Der Codex hatte die Prokuratur bei Leibesstrafe abgeschafft und hielt nur die Advokatur aufrecht, auf welche Amtseigenschaft, geschlossene Zahl und Sachwalterzwang übergingen.

beobachteten Mißbräuche bei ihnen beseitigt werden sollten. [215] Die Disziplinargewalt wurde von den unteren Gerichten über die Anwälte ausgeübt. Diese Gerichte konnten sich z. B. jederzeit die Handakten vorlegen lassen [216] und ggf. auf Geldstrafen oder Suspendierung auf bestimmte Zeit erkennen.

Obwohl sich das Ansehen der Anwälte Ende des 18. Jahrhunderts soweit gebessert hatte, daß manchem Bürger ihre schwarze Robe nicht mehr "als Leichenbegängnis der Justiz, sondern als eine priesterliche Ehrenkleidung, eine deutsche Toga" [217] erschien, wurde doch weiterhin die Auffassung vertreten, daß die Sachwalterschaft möglichst nur durch staatliche Beamte mit festem Gehalt ausgeübt werden sollte. [218] Diese Gedanken fanden schließlich Eingang in den Corpus Iuris Fridericianum von 1781, durch den es kurzfristig zur Abschaffung der Advokatur im alten Sinne und zu ihrer Verstaatlichung kam. Dieses Gesetz beseitigte die Anwaltschaft als selbständigen Stand und übertrug ihre Funktionen auf die festbesoldeten sog. "Assistenzräte", um dadurch dem (nach Ansicht Friedrichs des Großen) "landesverderblichen Übel" (d. h. Bosheit, Gewinnsucht, Trägheit, Unverstand und Leichtsinn der Advokaten) abzuhelfen. [219] Diese Personen, auf deren Auswahl die Parteien keinen Einfluß hatten, erhielten ihre Prozeßsachen vom Gericht zugewiesen. Sie waren nicht mehr unabhängige Interessenvertreter ihrer Mandanten, sondern Gehilfen der Richter. Daneben gab es die staatlich weniger stark gebundenen Justizkommissare, die jedermann frei wählen konnte und die für Strafverteidigungen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig waren.

Die prAGO von 1793 verzichtete wieder auf die Einrichtung der Assistenzräte und machte nun die erwähnten Justizkommissare zu den ausschließlichen Sachwaltern der Parteien. Sie waren zwar nicht beamtet, aber trotzdem als wirkliche Staatsdiener zu betrachten (prAGO Teil III, Titel 7,

---

215) Springer S. 51

216) Springer S. 52 f.

217) Von Hymmen : Beiträge zu der juristischen Litteratur in den preußischen Staaten, Berlin (1775 - 1785), Bd. II, S. 189 f. , zitiert nach Springer S. 54

218) So z. B. auch Hönn (Aufmunterung) im Jahre 1708

219) Zur Geschichte der Assistenzräte und ihrer Aufgabe im einzelnen vgl. Gneist : Freie Advokatur, Berlin (1867), S. 3 ff., Weissler (Geschichte) S. 350 ff., Döhring S. 114

§ 3). Ihre Anstellung erfolgte durch den Justizminister (prAGO Teil III, Titel 7, § 16). Von ihm bekamen sie auch ihren Wohnsitz angewiesen. Sie waren seinem Aufsichtsrecht und dem der Gerichte unterworfen und konnten von ihm entlassen werden (prAGO Teil III, Titel 7, §§ 22, 42). Erst im 19. Jahrhundert wurden dann die staatlichen Fesseln langsam gelockert, und es ging u. a. die Disziplinargewalt über die Advokaten von der Obrigkeit auf frei gewählte Ehrenräte des Anwaltsstandes über.

5) Die besondere Situation der "freien Berufe" im Absolutismus

Vergleicht man nun die Stellung der "gewerbetreibenden" Handwerker mit der der "freien Berufe" (besonders der Ärzte und Anwälte) im Absolutismus, so zeigt sich, daß bei letzteren von einem erhöhten Maß an Freiheit keine Rede mehr sein kann. Sie hatten sich zunehmend an ihrem eigenen Vorteil orientiert und besonders deshalb neben ihrer inneren, geistigen Unabhängigkeit auch ihre äußere Handlungsfreiheit weitgehend eingebüßt, denn der Staat sah sich gezwungen, diese einzuschränken. Während z. B. das Ausschließungsrecht der Innungen an praktischer Bedeutung verlor, weil der Staat auf diesem Gebiet gegen Mißbräuche einschritt und in immer stärkerem Umfang "Freimeister" zuließ, reglementierte er nun umgekehrt mehr und mehr die Berufszulassung und -ausübung bei den Medizinern und Juristen. [220] Dies führte bei ihnen u. a. zur Festlegung eines numerus clausus und ging zeitweilig und in manchen Ländern bis zur totalen Verbeamtung dieser Berufsstände. Aber nicht nur die Obrigkeit versperrte durch fortlaufend schärfere Bestimmungen vielen den Weg zur Betätigung als Heilkundiger oder Sachwalter, auch die zugelassenen und angestellten Ärzte und Anwälte erschwerten häufig aus egoistischen Motiven den außerhalb stehenden Kollegen die Aufnahme in ihren Stand. So galt nun etwa - wie schon erwähnt wurde - den Medizinern ein Jude oder der Sohn eines Scharfrichters nicht mehr als würdig, ihren Beruf auszuüben, und die Ausführungen G n e i s t s bezüglich der Advokaten in der Mitte des 19. Jahrhunderts charakterisieren im wesentlichen auch schon das Verhalten der Anwälte im 18. Jahrhundert:

220) Faktisch auch bei den Künstlern durch die Lehrpläne der staatlichen Akademien und durch die ausschließliche Auftragserteilung an solche Künstler, deren Werke dem Geschmack der absolutistischen Herrscher entsprachen.

"Keine ehrbare Handwerkerzunft hat sich jemals so vollständig als besitzende Klasse gefühlt, wie dies Juristentum gegen die außenstehenden unversorgten Collegen." [221]

Für das Zeitalter des Absolutismus läßt sich somit als Ergebnis festhalten, daß die Angehörigen der klassischen "freien Berufe", die ja im Mittelalter dem allgemeinen Zunftzwang nicht unterlagen und auch wegen ihres freien Geistes relativ unabhängig waren, jetzt nicht durch irgendwelche besonderen Freiheiten gekennzeichnet sind, sondern gerade durch die Versuche zur Abkapselung des eigenen Standes, verstärkte Gewinnerzielungsabsichten und die gesteigerte Einflußnahme des Staates auf jeden einzelnen von ihnen. Während die damals zunftgebundenen Berufe weiterhin im wesentlichen den Gesetzen und Anordnungen der jeweiligen Innungen unterworfen blieben, deren Macht jedoch fortlaufend eingeschränkt wurde, gelangten die "freien Berufe" in eine zunehmende staatliche Bindung. Diese Erkenntnis ist wichtig für das Verständnis der folgenden Betrachtungen und für die Frage, warum schließlich im 19. Jahrhundert auch bei ihnen der Ruf nach Freiheit für die Mediziner bzw. nach der "freien Advokatur" unüberhörbar wird.

III

Die Stellung der Handwerker, Künstler, Ärzte und Anwälte im 19. Jahrhundert

1) Handwerker

Das 19. Jahrhundert ist gekennzeichnet vom Ringen um die Einführung und die Bestimmung der Grenzen der Gewerbefreiheit. "Das Wort 'Freiheit', das damals alle Gemüther mächtig ergriff und in alle öffentlichen Verhältnisse des staatlichen und bürgerlichen Lebens so folgereich einwirkte und alle Einrichtungen und Ordnungen früherer Jahrhunderte in ihren Grundpfeilern erschütterte und ummodelte, traf

---

221) Gneist S. 27

auch die Schöpfung Zunft." [222] Die Gewerbefreiheit wurde im Zuge der großen Revolution (1791) zuerst in Frankreich verwirklicht. Einige Jahre später folgte Preußen. [223] In dem "Edikt über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer" vom 2. 11. 1810 (pr GS S. 79) wurde den überkommenen Vereinigungen der Handwerker etc. jedes Verbietungsrecht genommen und ihnen freigestellt, in der bisherigen Art fortzubestehen oder sich aufzulösen. Die Zulassung zu einem Gewerbebetrieb war nun allein von der Lösung eines Gewerbescheines abhängig, gleichgültig, welches Gewerbe ausgeübt werden sollte, "es bestehe in Handel, Fabriken, Handwerken, es gründe sich auf eine Wissenschaft oder Kunst." Der Gewerbeschein wurde grundsätzlich niemandem versagt, und nur für einige wenige Gewerbe, "bei deren ungeschicktem Betriebe gemeine Gefahr obwaltet oder welche eine öffentliche Beglaubigung oder Unbescholtenheit erfordern", mußte der Bewerber zuerst die verlangten Eigenschaften oder Kenntnisse nachweisen. [224] Schon kurz nach dem Erlaß des Edikts vom 2. 11. 1810 wurde aber der Mangel an polizeilichen Bestimmungen so offensichtlich, daß das Prinzip der absoluten Gewerbefreiheit mit dem "Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe" vom 7. 9. 1811 (prGS S. 263) wieder gewisse Einschränkungen erfuhr und zwar durch die Einführung von Kontrollen durch die staatliche Gewerbepolizei, Anordnungen bezüglich des Lehrlings- und Gesellenwesens, sowie durch eine Reihe von Befähigungs- und Zuverlässigkeitsnachweisen. (Die §§ 82 - 150 brachten eine bedeutende Erweiterung der in § 21 des GewSt - Edikts aufgezählten erlaubnispflichtigen Berufe.) Es blieb aber bei dem Grundsatz, daß allein die Zahlung der Gewerbesteuer zum Betrieb eines Gewerbes berechtige. Das "Gesetz wegen Entrichtung der Gewerbesteuer" vom 30. 5. 1820 (prGS S. 147) knüpfte zwar in Umkehrung dieser bisherigen Übung die Gewerbesteuerpflicht an die Tatsache des

---

222) Albrecht: Unsere ehemalige Zunft- und Innungsverfassung und die Gewerbefreiheit in Preußen, Danzig (1825), S. 51

223) Zur Geschichte der Gewerbefreiheit in Preußen vgl. von Rohrscheidt: Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit, Berlin (1898) und Rudolph aaO.

224) Vgl. § 21: z. B. Abdecker, Ärzte aller Art, Dolmetscher, Feldmesser, Hebammen, Anwälte, Juweliere, Lotsen, Marionettenspieler, Maurer, Schornsteinfeger, Taschenspieler und Seiltänzer u. a.

Betriebs bestimmter Gewerbe, [225], beließ es im übrigen jedoch bei der liberalen Regelung. Unter diesen Umständen nahm die Zahl derjenigen, die selbständig ein Gewerbe ausübten, stark zu.

Entgegen jeder Erwartung lösten sich die Innungen nach dem Fortfall ihrer bisherigen Vorrechte nicht auf [226], sondern es wurde der Ruf nach der alten Zunftverfassung laut. Es häuften sich nämlich die Klagen über unzureichende Kenntnisse und eine zu große Zahl der Gewerbetreibenden. Die allgemeine Gewerbefreiheit hatte die überkommene festgefügte Ordnung erschüttert. So schrieb H. Albrecht im Jahre 1825: "Ja, es dürfte hohe Zeit sein, daß das in unsere ganze Sinnesart so innig verwebte und aus ihr hervorgegangene Innungswesen, das nach einer neuen Allgemeinheitslehre als eine unbehülflich gewordene alte Mode aufgehoben und durch eine ausländische neue Erfindung ersetzt worden, wieder hergestellt werde." [227]
Die allgemeine preußische Gewerbeordnung vom 17. 1. 1845 (prGS S. 41) versuchte, aus den in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen und den zahlreich erhobenen Bedenken Konsequenzen zu ziehen. Sie trug deshalb alle Merkmale eines sorgfältig ausgearbeiteten Kompromisses zwischen den Systemen des freien individuellen Erwerbs (Gewerbefreiheit) und des kooperativ gebundenen Gewerbes (Zunftverfassung). Das Prinzip der Gewerbefreiheit wurde aufrechterhalten, aber eingeschränkt durch die gewerbliche Sicherheitspolizei, die erneut für weitere Berufe Befähigungsnachweise verlangte (vgl. §§ 42 - 58). Außerdem wurden z. T. alte Zunfteinrichtungen unter dem Namen der Gewerbepolizei beibehalten (z. B. die Gliederung

---

225) Vgl. § 2, danach waren nur noch gewerbesteuerpflichtig Handel, Gastwirtschaft, Verfertigung von Waren auf den Kauf, der Betrieb von Handwerken mit mehreren Gehilfen, der Betrieb von Mühlenwerken, das Gewerbe der Schiffer, der Fracht- und Lohnfuhrleute, der Pferdeverleiher und diejenigen Gewerbe, die von umherziehenden Personen betrieben wurden.

226) In den Motiven zu dem Entwurf zu dem Edikt vom 7. 9. 1811 hieß es: "Die Zünfte haben mit der ausschließlichen Berechtigung den wesentlichen Reiz verloren, der sie sicher zusammenhielt." "Es ist sogar sehr wahrscheinlich, daß alle Zünfte in einem mäßigen Zeitraum eingehen oder wenigstens aussterben werden." (Zitiert nach von Rohrscheidt: Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Aufl., Berlin (1912), Bd. I, S. 417)

227) Albrecht S. 118

in Lehrlinge, Gesellen und Meister).[228] Diese preußische Gewerbeordnung von 1845 diente später als Grundlage für die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes vom 21. 6. 1869, die als Gewerbeordnung für das Deutsche Reich am 26. 7. 1900 (RGBl I S. 871) neu verkündet wurde und ergänzt und abgeändert durch eine Vielzahl von Novellen noch heute gültig ist.

2) Künstler

Die französische Revolution brachte für nahezu alle Lebensbereiche eine entscheidende Zäsur. Der Wandel der gesellschaftlichen, politischen, wirtschaftlichen und nicht zuletzt geistigen Verhältnisse konnte daher auch nicht ohne Einfluß bleiben auf die Situation der Künstler. Soweit sie noch innungsmäßig gebunden waren, bedeutete die Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit auch für sie das Ende des Zunftzwanges.[229] Mit der Ablösung der absoluten Monarchie schied der Adel als Träger der Kunst aus. Die Künstler wollten sich nun keinerlei Vorschriften mehr machen lassen und allein ihren eigenen Vorstellungen gemäß leben und arbeiten. Sie fanden für ihre Bestrebungen zunächst auch Unterstützung in den vielen Kunstvereinen, zu denen sich wohlhabende Bürger seit Anfang des 19. Jahrhunderts zusammenschlossen, um die Kunst zu pflegen.[230] Mit dem Erstarken dieser Vereine versuchten deren Mitglieder jedoch häufig, den Künstlern nicht nur materielle Förderung, sondern auch Belehrungen bezüglich ihrer Werke zuteil werden zu lassen. "Das Publikum begünstigte, was ihm gemäß war und gefiel. Und ein Teil der Künstlerschaft ließ mit sich reden."[231] In der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts trennten sich daher besonders die jüngeren Künstler von den Kunstvereinen und bemühten sich, nun von diesen unbeeinflußt und auf sich allein gestellt,

---

228) Vgl. Rudolph mit Nachweisen S. 35 f.

229) Die Bestimmungen im prALR Teil II, 8. Titel, §§ 401 - 404 über das Verhältnis der Künstler zu den Zünften wurde durch die GewO ersetzt.

230) Dehio Bd. IV, S. 16

231) Dehio Bd. IV, S. 17

frei zu schaffen. Sie wollten nicht die gerade abgeschüttelte Abhängigkeit vom Adel eintauschen gegen eine solche von anderen gesellschaftlichen Kräften. Sie suchten ein Höchstmaß an Freiheit für sich und ihre Arbeit, mußten dabei aber nicht selten erkennen, daß diese völlige Ungebundenheit nicht nur ungehinderte persönliche Entfaltungsmöglichkeit, sondern u. U. auch wirtschaftliche Not und nachfolgende erneute Abhängigkeit von ökonomischen, politischen u. a. Zwängen bedeutete.

3) Ärzte

Im 19. Jahrhundert wurde die überkommene Trennung zwischen Ärzten und Chirurgen überwunden. Jedem studierten Physikus stand es nun frei, die Chirurgie auszuüben. Auch das Verhältnis zwischen den höheren Wundärzten und den Badern und Barbieren fand jetzt eine gesetzliche Regelung. So teilte man seit 1825 in Preußen die Heilkundigen ein in promovierte Ärzte, die auch zur Ausübung der Chirurgie berechtigt waren, und Wundärzte erster und zweiter Klasse. [232] Das Ansehen der Ärzte wuchs und ihre Einkünfte (zumal der Selbständigen) waren so bedeutend, daß spätere Generationen die damaligen Jahrzehnte als das "goldene Zeitalter" des ärztlichen Berufs bezeichnet haben. [233]
Die Zahl der Mediziner vermehrte sich in jener Zeit sprunghaft, so daß sie ungefähr drei- bis viermal so hoch lag wie ein Jahrhundert zuvor. [234] Die Ärzte versuchten nun, dem Geist des Liberalismus entsprechend, möglichst ihre obrigkeitliche Bevormundung, die aus den Tagen des Absolutismus herrührte, abzuschütteln. Diese Tendenz mußte sich verstärken, als sie sahen, daß nach Einführung der allgemeinen Gewerbefreiheit nur noch sie und wenige andere einer ganzen Reihe von Beschränkungen und strengen Reglementierungen unterworfen blieben. Sie wollten nicht mehr Beamte oder Quasi -

---

232) Borner S. 54 f., Stricker (Geschichte), S. 46
233) Siehe Ackerknecht S. 114, BVerfGE 10, 354 (365)
234) Baas S. 348, Stricker (Geschichte) S. 66 f.

Beamte sein, während die Angehörigen der übrigen Berufe ihr Leben den eigenen Vorstellungen gemäß gestalten durften. Ihnen war jedoch klar, daß eine totale Freiheit, wie sie etwa das preußische Gewerbesteueredikt vom 2. 11. 1810 für die meisten Berufe gebracht hatte, für sie nicht in Betracht kommen konnte wegen ihrer besonderen Aufgaben für die Volksgesundheit. So mußte auf jeden Fall z. B. weiterhin der Nachweis einer genügenden Vorbildung aller Mediziner verlangt werden, und außerdem mußte die ärztliche Versorgung jedes einzelnen Bürgers, d. h. auch des armen, gewährleistet sein.
Der Abbau staatlicher Einflußnahme auf die Berufsausübung der Mediziner war daher nur denkbar und möglich, soweit er einherging mit einem gesteigerten Verantwortungsgefühl innerhalb des ärztlichen Standes und einer freiwilligen Unterwerfung der Berufsangehörigen unter selbstgesetzte ethische Normen. Das Bemühen der Ärzte, die bislang vom Staat ausgeübte Kontrolle auf eigene Standesorgane zu übertragen, und die Erkenntnis der sich daraus für sie ergebenden Verpflichtungen fand deutlichen Ausdruck z. B. in dem Entwurf der Berliner Ärzteschaft über die gesetzliche Bildung von Ärzteassoziationen von 1849. [235] Den darin geäußerten Wünschen und Vorstellungen wurde im wesentlichen Rechnung getragen durch die seit 1865 nacheinander in den verschiedenen Ländern verabschiedeten Ärztekammergesetze. [236]

4) Anwälte

Ähnlich wie bei den Medizinern verlief die Entwicklung bei den Anwälten. Ihre allgemeine Minderbewertung, wie sie im 18. Jahrhundert bestanden hatte, verlor sich Anfang des 19. Jahrhunderts. Sie gelangten sogar zu so großem Ansehen, daß in der deutschen Nationalversammlung von 1848 16 % aller Abgeordneten Advokaten waren, [237] denn "dem Liberalismus erschien der Anwalt als Schutzwehr gegen richterliche Willkür ebenso wie gegen fürstlichen Despotismus." [238]

---

235) Siehe dazu Redeker : Kammerbegriff und Grundgesetz, in: DVBl, 1952, 201

236) Vgl. Redeker S. 202. In Preußen wurde eine Ärztekammer durch Verordnung vom 25. 5. 1887 eingeführt.

237) Döhring S. 118 f.

238) Döhring S. 117

Unter diesen Umständen war nicht wenigen die Abhängigkeit der Advokaten vom Richteramt und der Justizverwaltung unerträglich, und die "eigentlich treibende Wurzel des Übels" sahen sie in der Beamtenstellung des Rechtsanwalts. [239] Die Sachwalter schlossen sich daher fester zusammen und verlangten u. a. die Änderung oder Aufhebung der Taxordnungen und die Übertragung der Disziplinargewalt auf Organe des eigenen Standes. [240] Diesem Drängen wurde von Seiten des Staates nach und nach entsprochen, indem er die Disziplinarbefugnisse der ordentlichen Gerichte gegenüber den Anwälten zunehmend einschränkte. Die Aufsicht ging seit der Mitte des 19. Jahrhunderts zum größten Teil auf die neu geschaffenen Anwaltskammern über, deren erste in Preußen durch die Ehrenratsverordnung vom 30. 4. 1847 errichtet wurde. [241]

Einen dauernden Streitpunkt bildete jedoch weiterhin die Frage nach dem numerus clausus der Rechtsanwälte. Besonders in einer Zeit, in der überall im Wirtschaftsleben von der leistungssteigernden Wirkung der Konkurrenz gesprochen wurde, war die geschlossene Zahl der Advokaten ein ständiger Stein des Anstoßes. Den angestellten Anwälten war dieses Prinzip als sichere Lebensversorgung zwar meist lieb und teuer, doch den außenstehenden Kollegen erschien es als unverständliche Privilegierung weniger. Als Wortführer vieler Gleichgesinnten forderte daher Gneist im Jahre 1867 die "freie Advokatur" in seiner berühmten Schrift mit dem gleichnamigen Titel. Das bedeutete den Zugang zur Anwaltschaft für jeden ausreichend Vorgebildeten. Dagegen stand für ihn nie eine schrankenlose Freiheit des Sachwalterberufs zur Debatte. Er sah die Verpflichtung der Staatsgewalt, jedermann eine gute Rechtsvertretung zu ermöglichen, und die sich daraus ergebende Notwendigkeit, auch auf die Anwälte Einfluß nehmen zu können. "Die staatliche Fürsorge kann aber nicht in einer Einwirkung auf den Advokaten in der Richtung seiner Tätigkeit im Einzelnen bestehen, sondern nur in einer gesetzlichen Regelung der genossenschaft-

---

239) Vgl. Gneist S. 50. Die Bezeichnung "Rechtsanwalt" für die Justizkommissare wurde offiziell bei der Gerichtsreform 1849 eingeführt. Vgl. Weissler (Geschichte), S. 385

240) Vgl. Weissler (Geschichte) S. 502, 521 und Gneist S. 25, 51

241) Ostler : Der deutsche Anwalt - Das Werden des Standes seit der Reichsgründung, Karlsruhe (1963), S. 3, Weissler (Geschichte) S. 541

lichen Bildung der Advocatur." [242] Diese von Gneist und anderen geäußerten Gedanken und Erwartungen fanden schließlich ihren Niederschlag in der Rechtsanwaltsordnung vom 1. 7. 1878. [243]

5) Die Freiheit der "freien" Berufe

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß im 19. Jahrhundert bei Handwerkern, Künstlern, Ärzten und Anwälten gleichermaßen der Ruf nach Unabhängigkeit, Selbstverwirklichung und Eigenverantwortlichkeit laut wurde. Dem liberalen Zeitgeist entsprechend, bemühten sich alle, alte Fesseln zu sprengen und fremde Einflußnahme auf die persönliche Lebensführung von sich zu weisen. Die Erkenntnis des Eigenwertes jedes Menschen, die Reaktion auf die staatliche und zünftige Bevormundung in der Vergangenheit und der daraus folgende Wunsch nach möglichst universeller Freiheit des einzelnen waren für das 19. Jahrhundert bestimmend.
So gelang es z. B. den Handwerkern, den Zunftzwang abzuschütteln, die Künstler konnten nun weitgehend unbehelligt von einer Zensur arbeiten, die Ärzte durften sich nach Inkrafttreten der §§ 29, 80 Abs. 2, 144 Abs. 2 RGewO an jedem Ort des Reichsgebietes niederlassen [244] und ihre Honorare grundsätzlich frei aushandeln, und sie waren auch nicht mehr dem Kurierzwang unterworfen. Schließlich entstand auch eine "freie Advokatur", nachdem man die Rechtsanwälte aus ihrer Beamtenstellung entlassen hatte und dem Stand selbst - ähnlich wie bei den Ärzten - die Aufsicht über seine Mitglieder übertragen worden war. Alle Berufe erhielten also während des 19. Jahrhunderts ein im Vergleich zum Absolutismus erhöhtes Maß an Selbständigkeit, aber keinesfalls waren die "freien Berufe" freier von staatlicher Einflußnahme als die übrigen. Es drängt sich deshalb die Frage auf, was nun eigentlich die besondere

---

242) Gneist S. 52

243) Zur Geschichte und Inhalt der Rechtsanwaltsordnung vgl. Friedländer: Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. 7. 1878, 2. Auf., München, Berlin, Leipzig (1920)

244) Die Behandlung der Stellung des Arztes in der GewO sollte erklärtermaßen den Ärzten Freizügigkeit und einheitliches Recht im ganzen Bundesgebiet ermöglichen. Vgl. die amtliche Begründung zu § 29 GewO, abgedruckt bei v. Rohrscheidt (Kommentar), § 29 Anm. 19

Position der "freien" Berufe ausmachte, weil in der Gegenwart maßgebliche Stimmen [245] die Ansicht vertreten, das Wesen der heutigen "freien" Berufe sei nur aus der Kenntnis der damaligen Gegebenheiten zu verstehen. So führte das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1960 aus: "Freier Beruf ist ein soziologischer Begriff. Er kennzeichnet einen Sachverhalt, der aus einer bestimmten gesellschaftlichen Situation erwachsen ist, der des frühen Liberalismus."

Es ist festzustellen, daß im 19. Jahrhundert trotz der Tendenz zur absoluten Freiheit und zum laissez-faire der Staat aber gerade die klassischen "freien" Berufe (und hier besonders die Mediziner und Rechtsanwälte) nur beschränkt aus seiner Kontrolle entlassen hat. Gerade bei ihnen war (und ist) er häufig bestrebt, Verpflichtungen zu statuieren und Forderungen zu erheben. Nach Einführung der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes vom 21. 6. 1869, die grundsätzlich jedermann den Betrieb eines Gewerbes gestattete (vgl. §§ 1, 4 GewO), trat ihre Bindung verstärkt zutage. Auch heute noch sind Ärzte, Anwälte und andere staatlicherseits in auffälliger Weise gebunden (Nachweis qualifizierter Vorbildung, Approbation bzw. Zulassung, Gebührenordnungen, Eidesleistung etc.), und es ist, soweit ersichtlich, nie behauptet worden, daß die "freien" Berufe generell frei von hoheitlichen Eingriffen seien oder sein müßten. Es wurden nur jeweils einzelne Freiheiten (freie Zulassung, Freizügigkeit, Freiheit von der Sozialversicherung u. a.) mit der Begründung verlangt, diese stünden den "freien Berufen" wesensmäßig zu. [246] Nicht selten aber wurde auch z. B. bei den Ärzten und Anwälten eine Verschärfung der staatlichen Bindung (numerus clausus u. a.) gefordert, da diese Berufstätigen nur so ihre speziellen Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit erfüllen könnten. [247]

---

245) BVerfGE 10, 354 (364)

246) Vgl. Gneist S. 25 ff., Magnus S. 30 f., Dehler in: Verhandlungen des deutschen Bundestages, 232. Sitzung der 1. Wahlperiode (1952), S. 10 629 ff.
Ranz z. B. erklärte in neuerer Zeit, daß mit der Eingliederung in die Angestelltenversicherung die Freiheit der Advokatur dahin wäre. (nach Brandi aaO. S. 64)

247) Vgl. Gneist S. 25 ff., Weissler JW 1911, 474 (475), Brandi S. 34 ff.

Vielfach ist daher in Vergangenheit und Gegenwart versucht worden, das Wesen der "freien Berufe" gerade in ihrem besonders engen Verhältnis zum Staat zu sehen. [248]

§ 4

Der heutige Inhalt des Begriffs "freie Berufe"

I

Das besondere Verhältnis zum Staat - ein Kennzeichen der "freien Berufe" ?

1) Übersicht über die einschlägigen Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung

a) Schon im Jahre 1808 bezeichnete G ö n n e r [249] die approbierten Ärzte und Advokaten als "Staatsdiener i. w. S. ", da "deren Dienste im ganzen dem Staat notwendig, aber so beschaffen sind, daß sie nur einzelnen Bürgern geleistet zu werden scheinen. " Nun kann man sich auf den Standpunkt stellen, diese Aussage habe schließlich für fast alle Berufe ihre Berechtigung, denn jede einem einzelnen erbrachte Arbeit diene letztlich auf irgendeine Art dem Staat, weil erst das vereinte Wirken aller, jeder an seinem Platz, eine staatliche Gemeinschaft ermöglicht und fördert. Deutlicher ist die Formulierung H e i n z e s . [250]

---

248) Soweit damit behauptet werden soll, das besondere Kennzeichen der traditionell freien Berufe z. B. des Arztes oder Anwalts liege seit jeher in der engen staatlichen Bindung, ist diese Aussage mit Sicherheit unrichtig. Zumindest im frühen Mittelalter waren die Handwerker vom Staat - wie wir gesehen haben - durch die Eidesleistung der Zunftmeister eher stärker gebunden.

249) G ö n n e r : Der Staatsdienst, (1808), S. 34

250) H e i n z e : Über Verbrechen gegen fremde Gemeinwesen, deren Güter und Angehörige, in: GoltdAArch Bd. 17 (1869), S. 682

Er bemerkt: "Mit der Stellung der öffentlichen Beamten verwandt sind ferner gewisse Verhältnisse, deren Stoff an sich ein rein obligatorischer ist, denen aber durch die Beimischung von Ingredienzien aus dem öffentlichen Recht eine äußerliche Ähnlichkeit mit dem Staatsdienst gegeben ist, namentlich in der Weise, daß Prüfung, Verpflichtung, Überwachung der zu bestimmten Dienstleistungen an dem Publikum Zugelassenen durch den Staat stattfindet." Er hebt insoweit die "Verrichtungen der Advokaten, Anwälte, Ärzte und anderer Medizinalpersonen" wegen ihrer besonderen Beziehung zum öffentlichen Recht aus dem Kreis der anderen Berufstätigen heraus. Unklar ist jedoch, warum nur diese, da ja schon nach dem preußischen Gewerbesteuer-Edikt von 1810 z. B. auch Abdecker, Juweliere, Maurer, Schornsteinfeger u. a. ihre Kenntnisse nachweisen mußten und wohl auch hinsichtlich der Korrektheit ihrer Arbeit überwacht wurden.

b) Heinrich T r i e p e l hat wohl als erster eine systematische Untersuchung über die Beziehungen einzelner Berufe zum Staat durchgeführt. [251] Er erkannte, daß die Angehörigen bestimmter Berufe aufgrund durchaus unterschiedlicher Rechtsverhältnisse dem Staat gegenüber zur Dienstleistung verpflichtet sein können. [252] Einerseits gibt es die Beamten und Soldaten, die unmittelbar in die staatliche Organisation einbezogen sind und als Träger eines öffentlichen Amtes öffentliche Dienste leisten. Wenn sie tätig werden, handelt quasi der Staat in Person. Daneben stehen die Privatangestellten, durch die der Staat bestimmte Aufgaben (z. B. Straßenbau) erfüllen läßt und die dem Staat durch privatrechtlichen Vertrag zur Arbeitsleistung verpflichtet sind. Zwischen diesen beiden Gruppen sah Triepel noch eine Gruppe

---

251) T r i e p e l aaO. S. 1 ff.

252) Tr i e p e l erwähnt in diesem Zusammenhang auch die Zeugenpflicht und die Verpflichtung, das Schöffenamt zu übernehmen. Hierauf soll aber nicht näher eingegangen werden, da für uns allein das Verhältnis bestimmter Berufe zum Staat interessant ist, nicht aber die jeden treffenden Bürgerpflichten.

von "Halbbeamten" in sogenannten "staatlich gebundenen Berufen". Diese Halbbeamten definierte er als Personen, "die, ohne Beamte zu sein oder ohne ein Amt zu haben, kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts, dem Staate oder einem Selbstverwaltungsträger für die Ausübung ihres Berufs verantwortlich sind." [253] Zu ihnen zählte er Rechtsanwälte, Ärzte, Privatdozenten, die gemäß § 36 GewO (a.F.) öffentlich angestellten Gewerbetreibenden und die Kursmakler. Die von diesen Berufen gegenüber Privatpersonen erbrachten Leistungen sind, nach T r i e p e l s Ansicht, im besonderen Maße für die Erfüllung des Staatszweckes erforderlich. Die Tätigkeit der Halbbeamten bilde den Gegenstand eines "nichtamtlichen öffentlichen Auftrags." Die staatlich gebundenen Berufe seien somit nach zwei Seiten hin verpflichtet: gegenüber dem Auftraggeber und gegenüber dem Staat. [254] Die Darlegungen T r i e p e l s waren nun insofern nützlich und fruchtbar, als er damit den eigentlichen wissenschaftlichen Anstoß gab, sich einmal gründlicher mit der merkwürdigen "Zwitterstellung" einiger Berufe zu befassen, deren Angehörige ihm als Mittelding zwischen Beamten und Privatpersonen erschienen. [255] Die entsprechenden Berufsträger stehen - wie auch die übrigen selbständig Tätigen - außerhalb der unmittelbaren Organisation des Staates, ihre Position ist aber in mancher Hinsicht derjenigen der Beamten angenähert. (Strenge Berufszulassungs- und -ausübungsregeln, Eidesleistung, staatliche oder standesmäßige Disziplinaraufsicht u. a.). Für unsere Untersuchung haben die Ausführungen T r i e p e l s jedoch nur beschränkten Wert, da nicht klar erkennbar ist, wo die sog. "freien Berufe" in seinem System ihren Platz haben. Er selbst verwendet diesen Begriff an keiner Stelle seines Beitrages. Es ist aber offensichtlich, daß er typische "freie Berufe" wie die des Arztes oder Anwalts (und andere heute in § 18 Abs. 1

---

253) T r i e p e l S. 66

254) T r i e p e l aaO. S. 26 f., ebenso F e u c h t w a n g e r: Kultur und Wirtschaft, in: JW 1928, 2768 ff. (2770)

255) T r i e p e l aaO. S. 15

Z iff. 1 EStG als "frei" bezeichnete Berufe) geradezu als Musterbeispiele seiner "staatlich gebundenen Berufe" anführt. Es liegt daher nahe, das Verhältnis dieser beiden Berufsgruppen zueinander genauer zu untersuchen. In Rechtsprechung und Schrifttum ist auch bis zum heutigen Tage immer wieder versucht worden, "freie Berufe" und "staatlich gebundene Berufe" in eine bestimmte Beziehung zu bringen. Dieses Unternehmen kann aber nur erfolgreich sein, wenn es bei den sehr vagen Konturen des Begriffs "freier Beruf" gelingt, wenigstens den Begriff "staatlich gebundener Beruf" exakt zu fixieren. Dieses Bemühen stößt jedoch auf die größten Schwierigkeiten. Das Vorhandensein bestimmter gesetzlicher Regelungen für einen Beruf reicht nämlich nicht aus, diesen als "staatlich gebundenen Beruf" gegenüber anderen abzugrenzen, da sich überhaupt nur wenige finden lassen, die nicht in irgendeiner Weise für die Ausübung ihres Berufs verantwortlich und dazu durch öffentlich-rechtliche Pflichten angehalten sind. [256]

c) Das Bundesverfassungsgericht z. B. geht heute daher wohl auch nicht von fest umschriebenen Berufsgruppen aus, sondern es ordnet bestimmte "staatlich gebundene Berufe" wie die des Apothekers, [257] Arztes, [258] Rechtsanwalts, [259] Notars [260] oder der Hebamme [261] nach der Intensität ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen quasi auf einer Skala aller Berufe an. Entsprechend ihrer Beamtenähnlichkeit erhalten sie einen Platz zugewiesen zwischen " 'freiem Beruf' mit gewissen öffentlich-rechtlichen Auflagen und Berufen mit völliger Einbeziehung in

---

256) B a c h o f : Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner: "Die Grundrechte", Berlin (1958), Bd. III, 1, S. 185, H e r z o g aaO. Sp. 158

257) BVerfGE 7, 377 ff.

258) BVerfGE 11, 30 ff.

259) BVerfGE 17, 381 ff.

260) BVerfGE 17, 371 ff.

261) BVerfGE 9, 338 ff.

die unmittelbare Staatsorganisation". [262] Das BVerfG verzichtet also auf eine Definition des Begriffs "staatlich gebundene Berufe."

d) H o f f m a n n [263] dagegen sieht als spezifisches Merkmal dieser Berufe an, daß sie "öffentliche Aufgaben" wahrzunehmen hätten. [264] Mit dieser Aussage ist aber wenig gewonnen, denn seine Definition verschiebt das Problem nun zu der Frage, wodurch "öffentliche Aufgaben" gekennzeichnet sind. Angesichts

---

262) Vgl. BVerfGE 7, 377 (398). Das Wort "freier Beruf" wird hier durchaus mißverständlich in dem Sinn gebraucht, als ob zwischen "staatlich gebundenem Beruf" und "freiem Beruf" ein Unterschied bestehe und z. B. Arzt und Rechtsanwalt keinen "freien Beruf" ausübten. Daß dies nicht die Auffassung des BVerfG ist, ergibt sich aus anderen Entscheidungen. (Vgl. BVerfGE 9, 338 und 10, 354).
Auch das BVerwG verwendet eine wechselnde und verwirrende Terminologie. So spricht es einmal (NJW 1957, 841) davon, der Heilpraktiker übe - im Gegensatz zum Arzt - keinen Beruf aus, der "der öffentlichen Hand vorbehalten" sei, denn nicht jeder erlaubnispflichtige Beruf sei ein "staatlich gebundener Beruf". Anschließend heißt es wörtlich: "Die staatlichen Bindungen, denen der Beruf des Heilpraktikers unterworfen ist, unterscheiden sich nicht wesentlich von den öffentlichen Pflichten, die mit der Ausübung eines freien Berufs auch sonst verbunden sind." (Hervorhebung durch den Verfasser). Aus anderen Entscheidungen ergibt sich, daß das BVerwG z. B. den Beruf des Rechtsanwaltes nicht zu den Berufen zählt, die "der öffentlichen Hand vorbehalten" sind, da "der Beruf des Rechtsanwaltes zu den freien Berufen gehört." (Vgl. BVerwGE 2, 89 (92) und 2, 276 ff.)
Es zeigt sich somit schon hier, daß es sich bei dem Ausdruck "freier Beruf" keineswegs um einen klar umgrenzten, feststehenden und eindeutigen Begriff handelt, sondern daß er nur aus dem jeweiligen Zusammenhang heraus zu interpretieren ist. Diese Erfahrung werden wir im Verlauf der Untersuchung noch mehrfach machen.

263) H o f f m a n n : Die Verstaatlichung von Berufen in: DVBl. 1964, 457 (458)

264) Vgl. auch H e r s c h e l : Staatsentlastende Tätigkeit im Arbeitsschutz, in: Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, München, Berlin (1965), Bd. II, S. 221 (224 ff.) Er spricht dort in etwas anderem Sinn davon, daß bestimmte Berufe "staatsentlastende Tätigkeiten" ausübten.

der "geringen normativen Plastizität" dieses Begriffs ersetzt er also eine Unklarheit durch die andere.[265] Zumindest wäre es wenig sinnvoll und zudem sehr formal, als "staatlich gebundene Berufe" nur die zu bezeichnen, in deren Berufsgesetzen die Berufstätigkeit ausdrücklich oder dem Sinn nach - wie in § 1 BApothG - als "öffentliche Aufgabe" bezeichnet wird.[266] Dies würde nämlich dazu führen, daß z. B. die öffentlich bestellten Sachverständigen gemäß § 36 GewO entgegen der herrschenden Ansicht[267] nicht mehr zu den staatlich gebundenen Berufen zählten, nur weil es für sie keine Berufsgesetze gibt. Außerdem weist B e t h g e aaO. mit R echt auf die Tatsache hin, daß die Presse, entsprechend den neueren Landesgesetzen, ebenfalls eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen hat.[268] H o f f m a n n s Ansicht hätte nun zur Folge, daß auch Journalisten und Publizisten Angehörige staatlicher Berufe wären, "ein Ergebnis, dem schon wegen seiner fatalen Assoziationen zum nationalsozialistischen Schriftleitergesetz nicht nur engagierte Presserechtler die Gefolgschaft versagen werden."[269] Darüberhinaus kompliziert H o f f m a n n die Situation noch dadurch, daß er zwischen den "staatlich gebundenen Berufen" und dem öffentlichen Dienst noch eine Zwischenschicht von "verstaatlichten Berufen" sieht. Dies sollen die Berufe sein, die außerhalb des öffentlichen Dienstes stehen und vom Gesetz als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes (vgl. § 1 BNotO) ausgewiesen werden. Dementsprechend verläuft für ihn die Grenze zwischen verstaatlichtem und staatlich gebundenem Beruf "geradewegs zwischen dem Beruf des Notars und dem des Rechtsanwaltes."[270] Diese Differenzierung wird von anderen Autoren abgelehnt.[271]

---

265) B e t h g e : Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe, Diss. Köln (1968), S. 28 f. und L e i s n e r : Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, in AöR Bd. 93, S. 161 (185)

266) So anscheinend H o f f m a n n DVBl. 1964, 457 (458)

267) Vgl. T r i e p e l S. 15, B a c h o f S. 184

268) Vgl. z. B. § 3 Hamburgisches PresseG v. 29.1.1965 (GVBl. S. 15), Niedersächsisches PresseG v. 22.3.1965 (GVBl. S. 9), Saarländisches PresseG v. 12.5.1965 (ABl. S. 409) u. a. ! So auch BVerfGE 12, 113 (128)

269) B e t h g e S. 29

270) H o f f m a n n DVBl. 1964, 457 (458)

271) BVerfGE 17, 371 und 16, 6. Vgl. auch B a c h o f S. 184, wonach der Beruf des Rechtsanwalts und der des Notars "staatlich gebundene Berufe" sind.

e) B a c h o f und R e u ß z. B. sprechen aber nicht nur von "staatlich gebundenen " Berufen, sondern in Anlehnung an die Entscheidung des BVerwG 2, 89, auch von Berufen, die "dem Staat vorbehalten" sind. Während R e u ß [272] beide Gruppen für identisch hält, sieht B a c h o f [273] zwischen ihnen einen Unterschied. Zu den staatlich gebundenen Berufen rechnet er u. a. Rechtsanwälte, Privatdozenten, öffentlich angestellte Gewerbetreibende, Notare, Hebammen, Fleischbeschauer, Kassenärzte und Bezirksschornsteinfegermeister. Er gibt jedoch zu, daß eine genaue Grenzziehung nicht möglich ist, da Art und Umfang der staatlichen Bindungen mannigfach sind und praktisch jeder Beruf mehr oder weniger starken öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt. [274]

f) Unter diesen Umständen muß man sich aber fragen, ob es noch sinnvoll ist, den Begriff des "staatlich gebundenen Berufs" aufrecht zu erhalten. H e r z o g [275] hält ihn für im höchsten Grade ungenau und irreführend. Er plädiert daher dafür, statt dessen von "verstaatlichten Berufen" zu sprechen. Hier wird aber nun das ganze Dilemma der uneinheitlichen und unzulänglichen Terminologie sichtbar, denn H o f f m a n n möchte diesen Begriff ja gerade zur Abgrenzung z. B. des Notarberufs von den "nur" "staatlich gebundenen Berufen" verwenden. [276] Überhaupt muß festgestellt werden, daß nicht etwa nur gleiche Berufsgruppen völlig unterschiedlich bezeichnet werden, sondern daß darüberhinaus die Zuordnung der einzelnen Berufe zu den verschiedenen Gruppen nahezu von jedem Autor verschieden vorgenommen wird. Der Beruf des Rechtsanwaltes wird beispielsweise in mindestens vier Kategorien eingeordnet. Er wird

---

272) NJW 1955, 1532

273) aaO. S. 184

274) B a c h o f S. 185

275) aaO. Sp. 158

276) DVBl. 1964, 458

bezeichnet als "dem Staat vorbehaltener Beruf", [277] "staatlich gebundener Beruf", [278] "ständisch gebundener Beruf", [279] und "freier Beruf" [280]. Der Notar übt - je nach Autor - einen "verstaatlichten", [281] einen "staatlich gebundenen" [282] oder einen "freien" Beruf [283] aus. Ähnlich unterschiedlich ist die Klassifizierung anderer Berufe. Es zeigt sich, daß nahezu keinerlei Einheitlichkeit bei der Verwendung der Begriffe "freier Beruf" und "staatlich gebundener Beruf" besteht.

g) Während z. B. zumeist davon ausgegangen wird, daß nur ein Teil der "freien Berufe" zu den "staatlich gebundenen" Berufen gehört, dreht H u b e r in seinem Sprachgebrauch dieses Verhältnis um. [284] Er bezeichnet Privatgelehrte, Künstler, Verleger, Ärzte, Rechtsanwälte, Dentisten, Wirtschaftsprüfer, Kursmakler, Krankenpfleger, Bezirksschornsteinfegermeister, Notare u. a. als Angehörige eines "freien Berufs". Diese große Gruppe unterteilt er dann einerseits in gewerbliche und nichtgewerbliche "freie Berufe", andererseits in "Halbbeamte", "staatlich gebundene Berufe", "ständisch gebundene Berufe" und "staatlich und ständisch gebundene Berufe".

h) Das ganze unverständliche terminologische Durcheinander auf diesem Gebiet treibt schließlich K r ü g e r [285] auf die

---

277) R e u ß NJW 1955, 1533

278) B a c h o f S. 183

279) H u b e r : Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auf., Tübingen (1953), Bd. I, S. 769

280) BVerfGE 17, 371 (380)

281) H o f f m a n n DVBl. 164, 457 (458)

282) B a c h o f aaO.

283) F u h r : Kommentar zur Gewerbeordnung, Neuwied /Rh. (1968), Einl. A II, 2

284) H u b e r S. 767 ff.

285) K r ü g e r : Allgemeine Staatslehre, Stuttgart (1964), S. 407 ff.

Spitze. Er setzt offenbar "staatlich gebundene" und "freie" Berufe gleich, [286] definiert aber die staatlich gebundenen Berufe als solche Berufe, die zwangsweise in Körperschaften des öffentlichen Rechts zusammengefaßt worden sind. [287] Folgerichtig bezeichnet er daher nicht nur z. B. die Mitglieder der Ärzte- und Rechtsanwaltskammern als Angehörige eines staatlich gebundenen Berufs, sondern auch die Handwerker aufgrund ihrer Innungen. [288] Denkt man diesen Gedanken konsequent zu Ende, dann müßten in Bremen, im Saarland und bald auch in Rheinland-Pfalz alle Arbeitnehmer wegen ihres zwangsweisen Zusammenschlusses in Arbeitnehmerkammern Angehörige eines staatlich gebundenen Berufs sein. [289] Spätestens hier zeigt sich nun, daß der Ausdruck "staatlich gebundener Beruf" wegen des unterschiedlichen Sinngehalts, der ihm in Rechtsprechung und Schrifttum beigemessen wird, nicht geeignet ist, einen spezifischen Bereich von Tätigkeiten unter gleichzeitiger präziser Abgrenzung gegenüber anderen Berufspositionen zu umreißen. "Den spezifisch staatlich gebundenen Beruf gibt es nicht." [290] Ebensowenig gibt es aber den spezifisch "freien Beruf".

2) "Freie Berufe" und Artikel 12 GG

a) Wir haben gesehen, daß die Angehörigen der vom Gesetzgeber oder in Literatur und Rechtsprechung als "frei" bezeichneten Berufe einen sehr unterschiedlichen Grad an Freiheit genießen. So kann sich z. B. als Künstler, Journalist oder Übersetzer jeder betätigen, der Lust hierzu verspürt und über die

---

286) So setzt er sich im Zusammenhang mit seinen Ausführungen bezüglich der "staatlich gebundenen Berufe" in einer Fußnote mit der Rechtsprechung des BVerfG zu den "freien Berufen" auseinander. Vgl. K r ü g e r S. 408, Fußnote 2

287) aaO. S. 408

288) Vgl. K r ü g e r S. 521 und §§ 52 ff. HwO

289) Vgl. z. B. Gesetz über die Einrichtung einer Arbeitskammer für das Saarland in der Fassung vom 15. 11. 1960, ABl. 1960, S. 887 und Gesetz über die Arbeitnehmerkammern im Lande Bremen vom 3. 7. 1956, GBl. 1956, S. 79

290) B e t h g e S. 34

entsprechenden Fähigkeiten zu verfügen glaubt. Bis vor kurzem konnten sich in der Bundesrepublik Deutschland noch Personen ohne jeden Sachkundenachweis "Ingenieur" nennen [291] und der Titel "Architekt" ist erst in einigen Bundesländern gesetzlich geschützt. [291a] Andere "freie" Berufe sind so sehr "an den öffentlichen Dienst herangeführt" [292] und damit vom Staat so stark gebunden, daß ihre Stellung in vieler Hinsicht der der Beamten gleicht. Eine ganze Reihe von Freiberuflern hat sich z. B. "innerhalb und außerhalb des Berufs der Achtung und des Vertrauens, welches der Beruf erfordert", würdig zu erweisen. [293] Der Staat überläßt bei diesen Berufen also nicht einmal den privaten Lebenswandel der freien Entscheidung des einzelnen. So müssen z. B. Ärzte und Rechtsanwälte unter Umständen mit einer Disziplinarstrafe rechnen, die sogar ein Berufsausübungsverbot beinhalten kann, während andere Bürger bei gleichem Verhalten keine beruflichen Nachteile zu erwarten haben. [294]

b) Es gehört zu den fundamentalen Aufgaben des Staates, für das Wohl der Allgemeinheit zu sorgen. Deshalb muß er, entsprechend den jeweiligen Erfordernissen, die theoretisch absolute Freiheit des Berufs durch Berufsausübungs-

---

291) Heute ist hierfür grundsätzlich ein abgeschlossenes Studium an einer Fachhochschule, Technischen Hochschule oder Universität erforderlich. Nur für Personen, die sich bislang ohne Studium "Ingenieur" nannten, sahen die Landes-Ingenieurgesetze noch eine Anzeigefrist vor, die aber seit dem 9. April 1972 überall abgelaufen ist. (Pressemitteilung des Verbandes Deutscher Ingenieure vom April 1972)

291a) Nachweis bei Neuenfeld: Handbuch des Architektenrechts, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz (1969), Abschnitt I A b Rdnr. 18

292) BVerfGE 7, 377 (398)

293) Vgl. § 43 BRAO, § 14 Abs. 3 BNotO, § 39 PatentAO, § 26 SeelotsG. Siehe auch § 43 Abs. 1 WprO und § 54 BBG.

294) Zu den diesbezüglichen Regeln des Standesrechts der Ärzte und Rechtsanwälte vgl. Spann: Ärztliche Rechts- und Standeskunde, München (1962) und Kalsbach: Standesrecht des Rechtsanwalts, Köln (1956), S. 31 ff. mit Rechtsprechungshinweisen.

und Berufszulassungsbestimmungen einschränken. [295] Allerletztes Mittel und äußerste Maßnahme kann schließlich auch eine totale Einbeziehung eines Berufs in den öffentlichen Dienst sein, wenn anders der Schutz eines für die Gemeinschaft überragend wichtigen Gutes nicht mehr zu gewährleisten ist. Diese Ansicht findet zwar im Prinzip überall Zustimmung, einige Autoren vertreten jedoch die Auffassung, Artikel 12 GG enthalte für die "freien Berufe" eine über die Verbürgung der allgemeinen Berufsfreiheit hinausgehende Bestandsgarantie und teilweise sogar einen Ausgestaltungsschutz, und eine Verbeamtung z. B. der Ärzte und Rechtsanwälte sei daher verfassungswidrig. [296] Dem kann nicht zugestimmt werden. Falls sich nämlich zeigen sollte, daß auf die derzeit übliche Weise etwa die Volksgesundheit nicht mehr ausreichend gesichert und gefördert werden kann, wäre auch die Einrichtung eines staatlichen Gesundheitsdienstes - ähnlich wie in Großbritannien - unbedenklich. [297] Soweit das Übermaßverbot beachtet wird, steht Artikel 12 GG auch bei den "freien" Berufen nicht der Einschränkung der Berufsfreiheit entgegen. [298]
Es wird sogar die Auffassung vertreten, Artikel 12 GG könne auf die freien Berufe keine oder höchstens eine modifizierte Anwendung finden, da von Ärzten, Hebammen, Rechtsanwälten u. a. "Staatsfunktionen" ausgeübt würden bzw. weil diese Berufe

---

295) Vgl. BVerfGE 7, 377 ff.

296) Vgl. W. Geiger : Berufsfreiheit und Berufsregelung, in : Staatslexikon, 6. Aufl., Freiburg (1957), Bd. I, Sp.1112(1118), Rittner : Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe, in: Recht und Staat Bd. 261 /262, S. 24 Fußnote 63, Erler : Freiheit und Grenze berufsständischer Selbstverwaltung, Göttingen (1952), S. 29, 32. Vgl. auch Fleischmann S. 173

297) So auch Hoffmann DVBl. 1964, 457 (463), Bachof aaO. S. 166

298) So offensichtlich auch BVerfGE 10, 354 ff.

"an den öffentlichen Dienst herangeführt" seien. [299]

Diesen verfassungsrechtlichen Fragen kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht genauer nachgegangen werden. [300] Hier interessiert vorwiegend, daß z. B. Ärzten und Anwälten die Möglichkeit gegeben ist, eine totale Einflußnahme des Staates auf sie zu verhindern, indem ihre eigenen Standesorgane eine für die Allgemeinheit befriedigende Berufsausübung gewährleisten.

3) Die Freiheit des Standes

Die Kammern sind die geeigneten Instrumente, um die Aufsicht, die früher vom Staat geführt wurde, auszuüben. Anstelle des unmittelbaren Eingriffs der Obrigkeit tritt das Recht des Standes, sich innerhalb der vom Gesetz bestimmten Grenzen selbst zu verwalten. [301] Der Stand selbst sorgt nun durch die Entwicklung eines eigenen Standesethos, nämlich durch die freiwillige Unterwerfung unter selbst gesetzte Regeln, dafür, daß z. B. Ärzte sich der Volksgesundheit verpflichtet fühlen und Rechtsanwälte dem Recht und damit der Allgemein-

---

299) Vgl. R u p p : Privateigentum an Staatsfunktionen, in: Recht und Staat, Bd. 278, S. 16 /17 Fußnote 27. Siehe außerdem besonders BVerfGE 7, 377 (398), wo es wörtlich heißt: "Je näher ein Beruf durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen an den 'öffentlichen Dienst' herangeführt wird, umso stärker können Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 tatsächlich zurückdrängen."
Zutreffend weist L e i s n e r : Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, in: AöR Bd. 93, S. 161 (179) darauf hin, daß nach dieser Aussage des BVerfG "die Grundrechtsverletzung aus der Tatsache des Eingriffs gerechtfertigt" würde. Wenn das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht völlig sinnentleert werden soll, dann darf die Entscheidung darüber, was als Staatsaufgabe i. e. S. anzusehen ist und welche Berufe an den Staat herangeführt werden sollen, nicht im Belieben des Staates liegen. Eine Einschränkung der Berufsfreiheit darf auf jeden Fall nicht willkürlich, sondern nur unter Berücksichtigung des Übermaßverbotes erfolgen. Vgl. hierzu auch H e r s c h e l (Staatsentlastende Tätigkeit) S. 231

300) Vgl. hierzu F l e i s c h m a n n S. 113 ff.

301) Zu der berufsständischen Selbstverwaltung im allgemeinen vgl. E r l e r aaO.

heit dienen. [302] In diesem Sinn ist also die Advokatur oder der Stand der Ärzte ein "freier" Stand. Diese Freiheit bezieht sich jedoch nur auf den Stand, nicht aber auf die einzelnen Standesangehörigen. [303] Sie erhielten nämlich, als im 19. Jahrhundert enge staatliche Fesseln gelockert und sie selbst in Kammern zusammengefaßt wurden, kaum größere Freiheit. [304] Durch diese Maßnahmen wurde ihre berufliche Bindung und Verantwortung nicht entscheidend verringert. Sie unterliegen auch heute noch besonderen, in ihren Berufsgesetzen normierten Pflichten wie auch dem Ehrenkodex ihres Standes.

Der Zusammenschluß von bestimmten Berufsträgern zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und deren Aufgabe, die Berufsausübung der Mitglieder zu überwachen, ist aber keinesfalls ein typisches Kennzeichen der sogenannten "freien Berufe". Schon die Handwerkerzünfte des Mittelalters waren im Besitz der Polizeigewalt und Gerichtsbarkeit gegenüber den Genossen und sorgten so innerhalb ihrer Reihen für Zucht und Ehrbarkeit [305]. Ebenso obliegt es heute in gewissem Umfang den Handwerksinnungen und den Industrie- und Handelskammern, den Gemeingeist und die Berufsehre zu pflegen. [306] Auch die Mitglieder dieser Körperschaften des öffentlichen Rechts sind

---

302) So wird z. B. ein Ärztestreik heute noch überwiegend für unzulässig erachtet. Man erinnere sich an das Aufsehen, das vor einigen Jahren die Arbeitsverweigerung der belgischen Ärzte erregte. Andererseits wird jetzt auch bei den Medizinern in der Bundesrepublik der Streik zunehmend als Kampfmaßnahme erwogen. Vgl. etwa den Bericht in der FR vom 4.11.1970. Auch die Rechtsanwälte schließen einen Streik zur Durchsetzung ihrer Forderungen nicht mehr aus. Vgl. "FR" vom 22.1.1971, "Der Spiegel" v. 2.11.1970, S. 115

303) Vgl. K a l s b a c h : Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung, Köln (1960), § 2 Anm. 2 II

304) Was früher der Staat verlangt hatte, fordert nun häufig der Stand. So gilt z. B. der Kurierzwang bei den Ärzten heute faktisch standesethisch weiter.

305) Vgl. v. B e l o w S. 42, K r a f t S. 57. Es ist bemerkenswert, daß durch die Einführung der Kammerverfassung bei den Ärzten, Rechtsanwälten u. a., ursprünglich zunftfreien Berufen, zünftige Einrichtungen entstanden, und zwar zu einer Zeit, als bei den "Gewerbetreibenden" der Zunftzwang abgeschafft wurde.

306) Vgl. § 54 Abs. 1 Ziff. 1 HwO und § 1 Abs. 1 IHkG

also, wenn man so will, Angehörige eines "freien" Standes. [307]

4) Die unterschiedliche Bindung der anerkannten "freien Berufe" durch den Staat

Andererseits sind aber auch nicht alle anerkannten "freien Berufe" gleichzeitig "Kammerberufe". Ihr Berufsrecht ist vielmehr äußerst vielgestaltig. "Während es Berufe gibt, bei denen eine staatliche Reglementierung überhaupt fehlt, sind bis zum anderen Extrem, nämlich der genauen Festlegung des Ausbildungsganges, der Prüfung und der Zulassungsvoraussetzungen, dem staatlichen Schutz der Berufsbezeichnung und -ausübung sowie der Kodifizierung der Berufspflichten und der Überwachung des Verhaltens der Berufsausübenden durch Selbstverwaltungskörperschaften und Berufsgerichte die verschiedenartigsten Zwischenformen feststellbar." [308] Soweit für die einzelnen freien Berufe Berufsgesetze erlassen worden sind, [309] lassen sich diese je nach dem Umfang der geregelten Materie in fünf Gruppen einteilen: [310] 1. bloßer Schutz der Berufsbezeichnung, [311] 2. Anordnung von Zulassungsvoraussetzungen, 3. Statuierung bestimmter Berufspflichten, 4. Organisation der Berufe in öffentlich-rechtlichen

---

307) Diesen Kammern wird zwar im Gegensatz zu den Ärzte- und Rechtsanwaltskammern u. a. heute keine Ehrengerichtsbarkeit zuerkannt, vgl. aber auch zum Handwerks-Ehrenstrafrecht im 3. Reich die Diss. von K r a h l : Das Handwerks-Ehrenstrafrecht nach der 1. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 15. Juni 1934, Halle (1936). Zum ständischen Aufbau in dieser Zeit vgl. S c h e u n e r aaO.

308) K ü h n : Die freien Berufe in der Sozialordnung, in: Sozialpolitik in Deutschland Bd. 45 (1962), S. 16

309) Das ist z. B. nicht der Fall bei Künstlern, Gelehrten u. a.

310) Vgl. K ü h n S. 18

311) So das Gesetz zum Schutz der Berufsbezeichnung "Ingenieur", vgl. aber auch oben Fußnote 291)

Körperschaften, 5. Anerkennung eigener Berufsgerichtsbarkeit. Überschaut man nun die vom Gesetzgeber als "frei" angesehenen Berufe, dann zeigt sich also eine buntschillernde Palette von völlig verschiedenartigen Tätigkeitsgebieten [312] mit unterschiedlichster rechtlicher Ausgestaltung, und man fragt sich unwillkürlich, ob nicht statt sachlicher Erwägungen vielmehr der Zufall die Hauptrolle spielte, daß heute Ärzte und Übersetzer, Rechtsanwälte und Lotsen, Hebammen und Steuerberater, Notare und Tanzlehrer unter einem gemeinsamen Namen firmieren. Ist die Berufsbezeichnung "freier Beruf" vielleicht wirklich nur eine überlieferte Sprachgewöhnung und " der große Topf, in den man alles unterzubringen versucht, was in die bekannten übrigen Gruppen von Berufstätigkeiten nicht hineinpaßt " ? [313]

I I

Definitionen des Begriffs "freie Berufe" in der Literatur

Die gelegentlich unternommenen Versuche, den Begriff der "freien Berufe" genauer zu bestimmen, blieben ohne befriedigendes Ergebnis. Durchweg verzichten diese "Definitionen" nämlich darauf, ein allen freien Berufen spezifisches Merkmal aufzuzeigen, sie begnügen sich vielmehr in der Regel mit der Aufzählung einiger Tätigkeitsgebiete und den für die jeweilige Berufsausübung erforderlichen Eigenschaften und Voraussetzungen der Berufsträger.
So erklärt H ö p p n e r [314] : "Freier Beruf ist die eigenverantwortliche, unabhängige und persönlichkeitsgebundene Ausübung eines

---

312) Bei dem "Ingenieur" ist noch nicht einmal ein eigenes und einheitliches Berufsbild erkennbar. Vgl. BVerfGE v. 25.6.1969, in: BB 1969, 1151

313) So B r ä u e r aaO. S. 53, vgl. aber auch E v e r l i n g : Die freien Berufe (3 Rundfunkvorträge), Berlin (1929), S. 8

314) H ö p p n e r : Problematik und Widersprüche der Wirtschaftsprüferordnung, in : BB 1961, 1209

Berufs auf wissenschaftlicher, künstlerischer, schriftstellerischer oder schöpferischer Grundlage, frei von gewerblichem Gewinnstreben." Nach Deneke [315] zählen zu den freiberuflich Tätigen fünf verschiedene Gruppen: "die künstlerisch und publizistisch Tätigen, die Heilberufe, die Berufe der Rechts- und Wirtschaftsberatung, Architekten und Ingenieure sowie die wissenschaftlichen Bildungsberufe einschließlich der freiberuflich tätigen Pädagogen." Littmann [316] meint, die Anerkennung eines Berufstätigen als Freischaffenden setze grundsätzlich dessen wissenschaftliche oder künstlerische Vorbildung voraus. Wenigstens aber müsse bei ihm "ein Mindestmaß von Spezialkenntnissen, nicht so sehr betriebswirtschaftlich praktischer, als vielmehr geistiger Art, und die Verwertung nicht eines gewerblichen, sondern des geistig schöpferischen Vermögens" gegeben sein.
Im Schlußkommuniqué eines im Rahmen der Conféderation Internationale des Travailleurs Intellectuels (CITI) im Januar 1959 durchgeführten Treffens von deutschen und französischen Angehörigen der freien Berufe findet sich folgende Begriffsbestimmung [317]: "Derjenige übt einen freien Beruf aus, der, ohne ein Gewerbe zu betreiben, in völliger Unabhängigkeit, ohne jede Unterordnung, sein Wissen und seine schöpferischen Gaben um der Leistung selbst willen mit einer Tätigkeit einsetzt, die vorwiegend geistiger Art ist." Diese, wie auch die vorgenannten "Definitionen" sind zu vage und daher letztlich unbrauchbar, da sie keine endgültige Abgrenzung der anerkannten "freien" Berufe von allen anderen ermöglichten. So wird denn auch immer wieder betont, man könne diese Berufe nicht abschließend aufzählen. [318] Einigkeit besteht zumindest insoweit, als die geistigen Fähigkeiten bei den Angehörigen dieser Berufe eine besondere Rolle spielen. Diese Ansicht stimmt mit

---

315) Deneke: Stichwort "Freie Berufe" in: Staatslexikon, 6. Aufl., Freiburg (1959), Bd. III, Sp. 505 ff.

316) Littmann: Das Einkommenssteuerrecht, 8. Aufl., Stuttgart (1966), § 18 Anm. 57

317) Vgl. "Das geistige Kapital" Heft 3 (1959), S. 34

318) Vgl. Bülow: Zur Problematik des Berufsgedankens, in: "Prüfung und Besteuerung der Betriebe", Festschrift für Wilhelm Eich, Berlin (1959), S. 15 ff. (19)

unserer Erkenntnis überein, daß sich die höheren Ärzte, Rechtsanwälte und Künstler, also Angehörige von traditionell freien Berufen, in früheren Zeiten offenbar durch ihre im Vergleich mit der übrigen Bevölkerung große Bildung auszeichneten.[319] Darüber hinaus verbinden aber viele Autoren noch eine ganze Reihe anderer Kennzeichen mit dem Berufsbild der "Freiberufler". Der Bundesverband der freien Berufe betrachtet als "Hauptwesensmerkmale" der freien Berufe:[320]

1) Selbständigkeit im soziologischen Sinn. Diese Selbständigkeit hat die Unterhaltung eines eigenen beruflichen Lebenszentrums als Berufsstätte (Praxis, Kanzlei, Atelier) im Vertrauen auf die eigene Kraft zum Inhalt. Die berufliche Arbeit ist so personenbezogen, daß mit dem Fortfall des Berufsträgers durch Ausscheiden aus dem Beruf seine berufliche Existenz verschwindet.

2) Freiheit im Sinne individueller Selbstverwaltung im Gehorsam gegen das selbst gegebene Gesetz. Erst in zweiter Linie im Sinne wirtschaftlicher und persönlicher Unabhängigkeit von jedwedem Arbeitgeber, genauso aber auch vom Staat.

3) Schöpferische Befähigung und eine qualifizierte Ausbildung, die es dem Berufsträger ermöglicht, einen freien Beruf ausüben zu können. Erbringung höherer geistiger Leistungen auf Grund originärer, besonders schöpferischer Befähigung oder basierend auf einer qualifizierten Ausbildung.

4) Ausübung der beruflichen Tätigkeit um dieser selbst willen, unter Hintanstellung des Gewinnstrebens. Die Honorarabrechnung richtet sich nicht nach den Gesetzen von Angebot und Nachfrage, sondern nach besonderen Gebührenordnungen.

5) Einhaltung besonderer standesrechtlicher Bindungen, vornehmlich auf dem Gebiete des Wettbewerbs, der Werbung und des Verhaltens gegenüber der Öffentlichkeit, Auftraggebern und Kollegen.

6) Fehlen fundierten Einkommens im Gegensatz zum Gewerbebetrieb und zur Landwirtschaft.

---

319) Man erinnere sich an das Studium der Mediziner und Advokaten im Mittelalter und an die Kunstakademien während des Absolutismus und später.

320) Vgl. das "Gutachten des Bundesverbandes der freien Berufe zur Frage der Gewerbesteuerpflicht von prüfenden und beratenden Berufen bei der Beschäftigung qualifizierter Angestellter" vom 23.6.1958, abgedruckt in einem Beiheft zu "Das geistige Kapital", (1958)

7) Wahrung des Berufsgeheimnisses auf Grund gesetzlicher und berufsständischer Übung.

III

Auseinandersetzung mit einigen angeblich typischen Kennzeichen der "freien Berufe"

Führt man sich nun diese und andere angeblich typische Kennzeichen der freien Berufe vor Augen, dann ist offensichtlich, daß jedes dieser Merkmale auch bei bestimmten anderen "normalen" Berufen zu finden ist. Das Besondere der freien Berufe ergibt sich aber auch nicht aus dem Zusammentreffen aller dieser Gesichtspunkte, denn sie liegen bei den wenigsten der vom Gesetzgeber oder in Schrifttum und Rechtsprechung anerkannten freien Berufe vereint vor. Wir sind daher genötigt, sie eingehender zu prüfen, um festzustellen, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen und welche Bedeutung ihnen für das Wesen der freien Berufe zukommt.

1) Die besondere intellektuelle Qualifikation der Freiberufler

a) Hinweise auf die diesbezügliche Rechtsprechung

Von ausschlaggebender Wichtigkeit ist in diesem Zusammenhang augenscheinlich die besondere intellektuelle Qualifikation, durch die sich bestimmte Selbständige (nämlich die "Freiberufler") angeblich auszeichnen. [321] Ursprünglich machte auch die Rechtsprechung gerade dieses Kriterium zum Maßstab aller Entscheidungen, in denen es um die Frage ging, ob bestimmte

321) Die Möglichkeit "freiberuflicher" Tätigkeit in wirtschaftlich abhängiger Stellung wird später untersucht. (S. u. Teil II, § 4 IV)

Tätigkeiten als "frei" anzusehen seien. So erklärte der RFH in dem schon früher zitierten Urteil vom 9. 7. 1919, [322] zu den freien Berufen könnten nur solche gezählt werden, die in ihrer letzten Wurzel auf Geistesdisziplinen zurückgehen, die wie die reinen Wissenschaften, Religion oder Kunst um ihrer selbst willen, ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Auswirkungen ihrer Ergebnisse, betrieben werden könnten. Jedenfalls dürfte man daher solche Berufe nicht zu den "freien" rechnen, die sich ausschließlich aus den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens heraus entwickelt hätten und deren Ergebnisse kein besonderes wissenschaftliches Interesse erweckten. [323] In der Folgezeit wurde immer wieder darauf hingewiesen, daß sich das Erwerbsleben die Mehrzahl der freiberuflichen Tätigkeiten zunutze gemacht habe, die moderne Entwicklung überall die Anwendung der Ergebnisse der Geisteswissenschaften und Künste auf das praktische Leben suche und daß dadurch eine Unterscheidung zwischen freiem Beruf und Gewerbe problematisch geworden sei. [324] Trotzdem hat die Rechtsprechung anfangs weiterhin darauf bestanden, bei den freien Berufen handele es sich hauptsächlich um sogenannte akademische Berufe. Das "Wesentliche" der freien Berufe sei, "daß sie in der Regel nur ausgeübt werden können, wenn eine volle wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung vorangegangen ist." [325] Es ist bekannt, daß die Gerichte bei der Beachtung dieser angeblichen Grundvoraussetzung keineswegs konsequent waren und z. B. nicht nur die höhere Lehrtätigkeit, sondern auch die geistig weniger anspruchsvolle Erteilung von Tanz- und Reitunterricht als "freiberufliche" Tätigkeit ansahen. [326] Andererseits ordneten sie etwa die Hebammen, trotz der bei ihnen erheblich gestiegenen Anforderungen an die Vor- und Ausbildung noch

---

322) RFHE 1, 129 ff.

323) So im Grunde schon prOVG v. 20.12.1894, Bd. 3, 349 ff. und prOVG v. 24.6.1891, Bd. 4, 429

324) RFHE 1, 129; 3, 316; 14, 19; 24, 241

325) RFHE 14, 145 (147). Vgl. auch RFHE 21, 245

326) S. o. Fußnote 31)

lange unter die "Gewerbetreibenden" ein, weil bei einer Ausdehnung des Begriffs "freier Beruf" schließlich alle Berufe darunter fallen, die nicht Industrie, Handel oder Handwerk im gewöhnlichen Sinne sind." [327]

Maßgeblich für die Anerkennung als "freier Beruf" war für die Rechtsprechung somit in Wahrheit oft nicht so sehr die tatsächliche Vorbildung und altruistische Haltung der Berufsangehörigen, als die Stellung und Entwicklung des jeweiligen Berufs in der Vergangenheit. Das ausschlaggebende Gewicht wurde bei den Entscheidungen deshalb zumeist auf das Ergebnis mehr oder weniger ausführlicher kulturgeschichtlicher Betrachtungen gelegt, [328] und zumindest die Tätigkeiten, die in Verbindung standen zu dem engeren oder weiteren Kreis der mittelalterlichen "freien Künste", wurden fortan als "freiberufliche" anerkannt. Auch moderne Autoren weisen z. T. noch ausdrücklich darauf hin, daß der heutige Begriff der "freien Berufe" in seinem Ursprung auf die alten artes liberales zurückführe. [329]

Einige der nunmehr in § 18 EStG als "frei" bezeichneten Berufe sind aber offensichtlich überhaupt erst in jüngster Zeit entstanden oder haben sich erst im 20. Jahrhundert zu "freien" entwickelt. [330] Wenn nun trotzdem immer wieder in Literatur und Rechtsprechung eine Beziehung zwischen den mittelalterlichen "freien Künsten" und den sog. "freien Berufen" der Gegenwart hergestellt wird, so kann dies nur bedeuten, daß letztere wohl den Vorstellungen, welche den artes liberales zugrunde lagen, besonders nahe kommen. Deren Kennzeichen aber war vor allem - wie wir gesehen haben - [331] die intellektuelle Durchdringung und Bewältigung bestimmter Probleme.

---

327) RFHE 21, 245 (246)

328) Vgl. RFHE 1, 129; 3, 116; 14, 145; 21, 245

329) S. o. Fußnoten 138) und 139)

330) Zum Beispiel waren Steuerberater, Dolmetscher und Übersetzer sogar bis zum Steueränderungsgesetz (1960) als Gewerbetreibende angesehen worden. Nachweis bei Littmann § 18 Anm. 57

331) S. o. Teil II § 3 I 5) c)

b) Die geistige Arbeit der "freien Berufe"

Auch die Freiberufler sind in erster Linie geistig Schaffende.[332] Sie zeichnen sich in der Regel durch eine qualifizierte Vorbildung oder durch eine besondere Begabung aus. Sie bieten den Mitmenschen keine Waren oder körperlichen Dienstleistungen an, sondern ihr geschultes Denken. Zwar ist nicht zu übersehen, daß auch sie keine "reinen Geister" sind und ebenfalls manuelle Arbeiten auszuführen haben, diese Tätigkeiten treten jedoch hinter ihren intellektuellen Bemühungen zurück. Der Rechtsanwalt, der eine Verteidigungsschrift verfaßt und der Architekt, der einen Plan zeichnet, beide bringen nur ihre Gedanken zu Papier. Der Chirurg, der eine Geschwulst öffnet, und der Zahnarzt, der einen Zahn zieht, beide vermögen ihre Aufgabe nur aufgrund eines gründlichen Studiums sachgerecht zu erfüllen. Die mechanischen Tätigkeiten des Schreibens, Zeichnens, Schneidens oder Zahnziehens sind erst die Folgerungen aus umfassenden Überlegungen. Die manuellen Arbeiten allein könnte im Grunde jeder erledigen. Sie sind größtenteils vertretbar. Im wesentlichen an die Person gebunden ist dagegen die eigentliche Problemlösung. Ein bestimmter Rechtsanwalt, Architekt oder Arzt wird gerade wegen seiner besonderen Vorbildung, seiner Kenntnisse und Fähigkeiten oder wegen seiner besonderen Geistesschärfe geschätzt.
Diese Verbindung zwischen schöpferischem Geist und ausgeführter Arbeit zeigt sich im besonderen Maße in der Kunst. Ein Bild, eine Skulptur oder ein Roman sind mehr als Farbe, Gips oder Papier. Sie sind darüber hinaus in Form gebrachte geistige Auseinandersetzung des jeweiligen Künstlers mit den Fragen des menschlichen Daseins. Jedes echte Kunstwerk offenbart ein Stück der Persönlichkeit des Gestaltenden.

---

332) Aber nicht alle in § 18 EStG genannten sind das im gleichen Maße und auch keineswegs sie allein. Auf die sich hieran knüpfenden Fragen wird im folgenden noch eingegangen.

Wie der Künstler sich seiner Mittel bedient, so versuchen auch der Anwalt, der Architekt, der Mediziner u. a. auf ihre Weise, Probleme zu erkennen, sie aufzuzeigen und einer Lösung zuzuführen. Ihnen allen ist das persönliche geistige Ringen gemeinsam. Es wäre jedoch vermessen, wollte man behaupten, dieser schöpferische Geist sei nur bei den freien Berufen im Sinne der Aufzählung in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG zu finden. "Wir neigen zu Unrecht dazu, unsere Vorstellungen vom Geistigen auf bestimmte kulturelle Bereiche zu begrenzen und denken vornehmlich an die Gebiete der Kunst, Wissenschaft und Religion." [333] Damit werden wir aber der fundamentalen Bedeutung des Geistes nicht gerecht. Er ist Grundlage jeden menschlichen Schaffens, ja er ist für das "Mensch-Sein" konstitutiv. Er offenbart sich immer und überall dort, wo Menschen als Menschen wirken. Das Gebiet des Geistes ist somit umfassender, als es der Lehrplan der Akademien ausweist. [334] Nicolai H a r t m a n n [335] nennt als Gebiete des Geistes in loser Reihenfolge: "Die Sprache, die Produktion, die Technik, die bestehende Sitte, das geltende Recht, die vorherrschenden Wertungen, die herrschende Moral, die Erziehung und Bildung, der vorwaltende Typus der Einstellung und Gesinnung, der tonangebende Geschmack, die Richtung der Kunst und des künstlerischen Verstehens, der Stand der Erkenntnis und Wissenschaft und die herrschende Weltanschauung, und zwar letztere in jeder Form, sei es Mythos oder Religion, sei es Philosophie."
Unter diesen Umständen wäre es absurd, wollte man den Begriff der "freien geistigen Berufe" [336] so verstehen, als ob nur in diesen und keinen anderen Berufen der Geist zu

---

333) L ü b e n : Die Fundamente der freien geistigen Berufe, Köln, Berlin (1959), S. 25

334) L ü b e n : aaO.

335) H a r t m a n n : Das Problem des geistigen Seins, 2. Aufl., Berlin (1949), S. 212

336) L ü b e n : aaO.

H ause wäre. [337] Er kann nur die Bedeutung haben, daß er zum Ausdruck bringen soll, in einer bestimmten Gruppe von B erufen spiele der Geist eine hervorragende Rolle.

c) Handarbeit - Kopfarbeit: eine fragwürdige Unterscheidung

Der Versuch einer Zweiteilung der Berufe entsprechend dem Grad der zur Berufsausübung erforderlichen Bildung, muß sich jedoch als problematisch erweisen. Es ergeben sich näml ich dabei dieselben Schwierigkeiten, die auch bei der mühsam aufrecht erhaltenen Unterscheidung zwischen "Arbeiter" und "Angestelltem" zutage treten. Diese Differenzierung, die mit dem Begriffspaar Handarbeiter - Kopfarbeiter verbunden ist, mag früher einen gewissen Sinn gehabt haben, heute ist sie anachronistisch. Die geistigen Anforderungen im Beruf sind im Zuge der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung generell gewachsen. Ohne Vorbildung, eigenes Mitdenken und eigenes Verantwortungsbewußtsein kann kein "Arbeiter" eine komplizierte Anlage fertigen, reparieren, bedienen oder warten. Für den primitiven Muskelprotz findet sich immer w eniger Beschäftigung, und der Anteil derjenigen, deren Tätigkeit nur aus einfachen, mechanischen Verrichtungen besteht und keine Berufsausbildung erfordert, verringert sich

---

337) Vgl. dazu R i e h l aaO. S. 71, der zu folgender "sozialen Gliederung der Arbeit" kommt:
A 1) Stoffproduktion mit vorwiegender Geistesarbeit (Großgrundbesitzer)
2) Stoffproduktion mit vorwiegender Handarbeit (Bauer)
B 1) Stoffveredelung mit vorwiegender Geistesarbeit (Großindustrieller, Kunstgewerbender)
2) Stoffveredelung mit vorwiegender Handarbeit (Handwerker)
C 1) Güterverkehr mit vorwiegender Geistesarbeit (Großhändler)
2) Güterverkehr mit vorwiegender Handarbeit (Kleinhändler)
D 1) Produktion geistiger Güter mit vorwiegender Geistesarbeit (Künstler, Gelehrter, Pfarrer, Offizier)
2) Produktion geistiger Güter mit vorwiegender Handarbeit (Mechnische Hilfsarbeiter der geistigen Berufe)

laufend. [338] "Die Intelligenz des Baggerführers ist gefragt, nicht die Muskelkraft von einem Dutzend Schippern." [339] Auf allen Gebieten werden geistig bewegliche Spezialisten gebraucht, die jeweils die Fachkenntnisse des anderen anerkennen müssen. Dieser Nivellierungsprozeß reißt, wie T o f f l e r [340] zurecht schreibt, "ein Loch in die Ideologie von Hirn und Hand."

Der Intellektualisierung der Handarbeit steht zudem auf weiten Gebieten eine Schematisierung der geistigen Arbeit gegenüber. (Man denke nur einmal an das verbreitete Formularwesen !) So zeigt denn die Erfahrung, daß sich aus der Bezeichnung "Arbeiter" oder "Angestellter" keinerlei R ückschlüsse auf die Art der Tätigkeit ziehen lassen. Welche Stellung ein Beschäftigter einnimmt, ist im großen Umfang vom Z ufall abhängig.

U nter diesen Umständen ist die Vermutung nicht abwegig, daß auch die Unterscheidung zwischen "freiem Beruf" und'Gewerbe" heute mehr eine Reminiszenz an die Geschichte, als eine sachliche Notwendigkeit ist. Umso unverständlicher erscheint es daher, daß der Katalog der anerkannten "freien Berufe" ständig erweitert worden ist und daß Berufe, die seit jeher als Gewerbe betrachtet wurden, plötzlich, anscheinend w illkürlich, durch die Rechtsprechung oder den Gesetzgeber, den Status eines "freien Berufs" erhielten. [341] Zumindest kann das Erfordernis besonderer geistiger Qualifikation dabei nicht immer ausschlaggebend gewesen sein, [342] denn an H eilpraktiker, Krankenschwestern, Hebammen, Fahrlehrer u. a. werden wohl keine höheren intellektuellen Anforderungen

---

338) Vgl. die Statistik der Angestelltenverdienste von 1966 samt Auswertung in: "Preise, Löhne, Wirtschaftsrechnungen" Reihe 17, I. (Gewerbliche Wirtschaft und Dienstleistungsbereich), hrsg. vom Statistischen Bundesamt (1970), S. 8

339) D e n e k e (freie Berufe) S. 97

340) T o f f l e r : Der Zukunftsschock, Bern, München, Wien (1970), S. 112

341) S. o. Fußnoten 25) und 330)

342) In diesem Sinne sogar ausdrücklich der BFH in den schon an anderer Stelle angeführten Entscheidungen. S. o. Fußnoten 42) und 43).

gestellt als an viele Handwerker. [343]

Wenn man von der Möglichkeit absieht, daß irrtümlicherweise der eine oder andere Beruf hineingeraten ist in die Gruppe der "freien Berufe", dann liegt es nahe, daß - wenigstens heute - nicht die besondere Bildung, sondern andere Gemeinsamkeiten die Angehörigen dieser Berufe verbinden.

2) Die "freien Berufe" als Kulturberufe

a) Sachgut und Kulturgut

So ist immer wieder davon die Rede, die Freiberufler seien die Kulturgutproduzenten eines Volkes. [344] In der Tat steht das Schaffen der Rechtsanwälte, Ärzte, Wissenschaftler, Künstler u. a. in engstem Zusammenhang mit den höchsten Werten des menschlichen Daseins, da es hier um die Verwirklichung der Gerechtigkeit, die Erhaltung der Gesundheit, um die Erkenntnis der Wahrheit, um ein Verstehen und Aufzeigen der Probleme der Menschheit und damit letztlich um "eine Befreiung des Menschen von naturhaften Bindungen" [345] geht. Diese Berufe stellen keine konsumierbaren Sachgüter her, sondern Idealgüter von bleibendem Wert. Dieser Unterschied ist fundamental. "Die Sachgüter stehen dem Menschen als außer ihm Seiendes gegenüber, während das Wesen der Idealgüter (Kultur) in einem eigenartigen Durchdrungensein von Mensch und Gut und einer Wechselbeziehung

---

343) Andererseits hat das RG auch unzweifelhaft qualifizierte Geistesarbeiter als Gewerbetreibende eingestuft, so z. B. amerikanische Zahnärzte, die im Besitz des Doktortitels waren und beim Publikum hohe Wertschätzung genossen. Bei der Frage, ob ein Arzt Freiberufler oder Gewerbetreibender sei, wurde nicht auf seine Ausbildung, Leistung oder Berufsauffassung abgestellt, sondern auf den Formalakt der Approbation. Nachweis bei Ebermayer: Arzt und Patient in der Rechtsprechung, 4. Aufl., Berlin (1925), S. 17 f.

344) Siehe Feuchtwanger (Staat und freie Berufe) S. 44 ff. und Everling S. 7

345) Vgl. Everling S. 11, Feuchtwanger (freie Berufe) S. 18

zwischen Mensch und Mensch besteht." [346] Das verlangt einerseits das totale persönliche Engagement des Idealgutproduzenten. Er steht seiner Arbeit nicht gleichgültig gegenüber. Das Produkt ist nicht neutral, nicht beliebig auswechselbar mit gleichartigen Erzeugnissen. In jeder Leistung verkörpert sich vielmehr ein Stück individueller Persönlichkeit.

Das bedeutet andererseits das sich Bemühen um absolute Objektivität. Jedes Problem muß von allen Seiten betrachtet und begutachtet werden. Dazu bedarf es des inneren Abstands und der dauernden Überwindung der eigenen Standortgebundenheit.

E chtes Kulturschaffen erfordert somit Leidenschaft und Sachlichkeit. Die Verbindung beider Eigenschaften verlangt ein hohes Maß an Bildung und persönlicher Reife: Sachlichkeit schlägt leicht in kalte Nüchternheit und Interesselosigkeit am Mitmenschen um, Leidenschaft wird häufig zu kritikloser Begeisterung. Fehlendes persönliches Engagement aber führt zur Oberflächlichkeit, und mangelnde Objektivität verfälscht die Wahrheit. Persönliche Wünsche und Abneigungen dürfen daher das Handeln nicht beeinflussen. Entscheidend ist allein die Richtigkeit des Ergebnisses.

b) Die Sachbezogenheit des freiberuflichen Schaffens

Die Wege, auf denen dieses ideale Ziel zu erreichen ist, sind im einzelnen unterschiedlich. Immer aber bedarf es des gebildeten, freien, unabhängigen Geistes, der sich allein an der Sache orientiert und immer bereit ist, alte Überzeugungen der neuen besseren Einsicht zu opfern. Diese Voraussetzung gilt nicht nur bei der reinen Wissenschaft, die vorbehaltlos der Wahrheit zu dienen hat. Sie gilt im gleichen Maß für andere Berufe.

---

346) F e u c h t w a n g e r (freie Berufe) S. 3

Auf dem Gebiet der Kunst geht es um das Gestalten des Echten und des Wahren, Guten, Schönen. "Künstlerische Tätigkeit schafft Werte aus dem unmittelbaren Werterleben." [347] Um bleibende Kulturwerte zu schaffen, darf der Dichter oder Maler sich bei seinem Streben nach höchstem geistigen Gehalt seines Werkes, nach bestmöglichem Ausdruck und Vollkommenheit der Form nicht durch Gedanken an den Publikumsgeschmack oder die Rendite seiner Leistung beeinflussen lassen.
"Um den geistigen Ansprüchen und den Bedürfnissen seiner Epoche zu genügen und Ausdruck zu geben, muß der Architekt den menschlichen Zustand im weitesten Sinne kennen und ihn am tiefsten begreifen. Er muß daher aus engster Bemühung sich unablässig Rechenschaft geben über die wirtschaftlichen Faktoren und über alle sonstigen Realitäten, die auf den menschlichen Zustand wirken. Indem er seine Einzelaufgabe aus dem Gesamtplan des Lebens empfängt und begreift und sein Einzelwerk in den Gesamtplan einordnet, wirkt er lebendig mitten im großen Plan." [348]
Der Jurist muß unter Abwägung aller Gesichtspunkte die Grundwerte des Rechts, der Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit bei der Gesetzesanwendung berücksichtigen. [349]
Der Rechtsanwalt ist, wie sein Name sagt, in erster Linie ein Anwalt des Rechts. Er muß und darf daher nicht in jedem Fall den Wünschen seiner Klienten entsprechen. Er hat in freier Überzeugung seine Entscheidung zu treffen.
Ebenso hat der Mediziner sich allein danach zu richten, was ihm zur Heilung seines Patienten erforderlich erscheint. Er darf sich nicht durch Bitten und Drängen des Kranken davon abbringen lassen, das zu tun, was er verantworten kann. Äußerstenfalls muß er die Behandlung ablehnen. Seine Aufgabe ist zwar zu helfen, er ist aber nicht Diener einer Person, sondern der Gesundheit verpflichtet. Diese strikte Orientierung

---

347) L ü b e n S. 22

348) Vortrag B a r t n i n g vom 21. 8. 1957 bei der Bundestagung des Bundes deutscher Architekten. Zitiert nach L ü b e n S. 14

349) L ü b e n S. 22

an der Sache kommt schließlich auch dem Patienten zugute. Der Arzt muß daher mit diesem in aller Offenheit und getragen von seinem besonderen Verantwortungsbewußtsein dessen Probleme besprechen. "In der freien Diskussion mit dem Patienten über das, was ihm fehlt, unterscheidet sich nach Platon der freie Arzt des freien Mannes vom Sklavenarzt." [350]

c) Die Bedeutung der "freien Berufe" für den kulturellen Fortschritt

Es ist nicht zu übersehen, daß an diese freien Berufe besonders strenge Anforderungen gestellt werden, damit sie ihre wichtigen kulturellen Aufgaben erfüllen können. Es wäre jedoch verfehlt, alle in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG oder im Mitgliederverzeichnis des Bundesverbandes der freien Berufe [351] genannten Gruppen schlechthin als die Kulturberufe zu bezeichnen. [352]
Der Begriff der Kultur hat mindestens vier verschiedene Bedeutungen. [353] Eine davon ist "Kultur als Gesamtheit der Lebensäußerungen eines Volkes." Man erfaßt diese einmal substanziell als den Schatz der geistigen Werte (Bücher, Kunstwerke, Maschinen), das andere Mal als geistigen Gesellschaftsprozeß. [354] So besehen, nimmt jeder einzelne Mensch am allgemeinen Kulturschaffen teil. Wenn trotzdem bestimmte Gruppen als Kulturgutproduzenten bezeichnet werden, dann kann man dies nur so verstehen, daß sie in ganz besonderem Maße als "Pioniere der Kulturdynamik" wirken und durch neue Erkenntnisse den Fortschritt vorantreiben. Zwar ist nun nicht jeder Arzt, Anwalt oder Architekt kulturschöpferisch tätig,

---

350) Werner Jaeger nach Diepgen S. 146

351) Abgedruckt im Jahresbericht 1969 /70 des Bundesverbandes der freien Berufe S. 44 ff.

352) Vgl. Everling S. 7

353) Vgl. DTV - Lexikon, München (1967), Stichwort "Kultur"

354) Vgl. Th. Geiger : Aufgaben und Stellung der Intelligenz in der Gesellschaft, Stuttgart (1949), S. 2

es liegt aber nahe, daß aus dem Kreis derjenigen, die eine akademische oder künstlerische Ausbildung genossen haben, besonders häufig neue Denkanstöße kommen. Wer von Berufswegen damit beschäftigt ist, nicht gleichförmige Arbeiten zu erledigen, sondern immer wieder nach Problemlösungen zu suchen, dem wird es - zumal nach einer gründlichen geistigen Schulung - leichter gelingen, neue Einsichten zu gewinnen. Überprüft man unter diesem Gesichtspunkt die große Gruppe der "freien Berufe", dann ergeben sich Zweifel, ob hier wirklich in jedem Fall eine so erhebliche Kulturleistung erbracht wird, daß eine begriffliche Unterscheidung dieser Berufe von anderen gerechtfertigt oder gar erforderlich ist.

Ohne den Wert bestimmter ehrbarer Berufe herabwürdigen zu wollen, muß man sich doch fragen, wo die außergewöhnliche kulturelle Bedeutung etwa der Lotsen, Heilpraktiker oder Buchprüfer liegt. Sie üben in der Gesellschaft notwendige Tätigkeiten aus, und ihnen obliegt eine große Verantwortung für Menschen und Güter bzw. für die korrekte Buchführung. Dies soll nicht bestritten werden. Aber gibt es nicht zahlreiche Berufe, die eine ebenso große Verantwortung tragen ? Ist wirklich die Arbeit eines Lotsen wesensmäßig etwas anderes als die eines Omnibusfahrers ? Immer geht es darum, die Gefahren des Verkehrs zu meistern. Die Bewältigung seiner Aufgabe mag für den Lotsen schwieriger sein und größere Kenntnisse und Intelligenz bei ihm voraussetzen, aber das sichere Steuern eines Schiffes ist wohl für den Bestand oder den Fortschritt der Kultur nicht von entscheidend höherem Nutzen als das Lenken eines Kraftwagens.

Überhaupt ist es problematisch, durch das Kriterium der Kulturgutproduktion die freien Berufe von den anderen zu unterscheiden. Kultureller Fortschritt entsteht nämlich nicht nur bei der reinen Idealgüterproduktion, sondern ebenso bei der Sachgüterproduktion, deren letztes Glied und Abschluß erst der Ausstoß der Ware ist. Die Planung eines Erzeugnisses, die optimale Befriedigung des materiellen Bedarfs der Bevölkerung, die günstige Organisation eines Betriebes, dies alles setzt beim

"Unternehmer" erhebliche geistige Qualitäten voraus und wirkt befruchtend auf die Entwicklung der Kultur. Nicht nur Künstler, Forscher und Erfinder, Arzt, Architekt oder Anwalt schaffen wichtige kulturelle Wert, auch der Unternehmer wird, indem er "immer neue Kombinationen des Geistes ausheckt", zum Träger des Fortschritts. [355]

3) Die Einheit von Berufs- und Privatbereich

Bei der Beschäftigung mit dem Phänomen der freien Berufe begleitet uns eine Erkenntnis auf Schritt und Tritt: Die angeblichen Besonderheiten der freien Berufe treffen nie gemeinsam auf alle anerkannten freien Berufe zu, und selbst die freien Berufe, bei denen einige dieser Charakteristika zu finden sind, lassen sich dadurch nicht gegenüber allen nicht-freien Berufen abgrenzen. Ausgehend vom Berufsbild des Arztes, Rechtsanwalts, Wissenschaftlers, Künstlers oder irgendeines anderen, werden die dort gewonnen Einsichten verallgemeinert und zur Kennzeichnung der freien Berufe generell verwandt. So erklärt z. B. Deneke: [356] "Für die freien Berufe gibt es kein Privat und Dienstlich, sondern nur eine die ganze Persönlichkeit gestaltende, eine totale Lebenseinheit darstellende Existenz." Uneingeschränkt stimmt diese Aussage sicher nicht. So läßt sich wohl nicht ernsthaft behaupten, daß beim Fahrlehrer, Eichaufnehmer oder Kompaßkompensierer [357] die Berufstätigkeit im besonderen Maße mit dem Privatleben verbunden ist. Ebensogut könnte man sonst auch die kleinen Handwerker nennen, deren Werkstatt neben oder gar in ihrer Wohnung liegt, bei denen die ganze Familie im Betrieb mithilft und für die es keinen 8-Stunden-Tag

---

355) Th. Geiger S. 40, vgl. auch DTV-Lexikon, Stichwort "Kultur"

356) "Die freien Berufe" S. 66

357) Vgl. die Einstufung dieser Berufe als "freie Berufe" in BFHE BStBl 1959, III, 275, und BFHE BStBl 1958 III, 3; FG Düsseldorf EFG 1961, 345

gibt.[358] D e n e k e s Erkenntnis ist jedoch zutreffend, soweit man an das Schaffen der Ärzte, Anwälte, Künstler, Wissenschaftler u. a. denkt. Bei ihnen ist eine Trennung in Beruf und Privatbereich nur schwer möglich, und ihr Privatleben muß häufig zurücktreten. Wer qualifizierte geistige Arbeit leistet und mit der Lösung von Problemen beschäftigt ist, kann seine Tätigkeit nicht auf festgelegte Dienststunden begrenzen. Gedanken müssen reifen, und viele grundlegende Erkenntnisse von bleibendem Wert sind das Ergebnis monate-, manchmal jahrelanger geistiger Bemühungen eines Menschen. Wer sich so in eine Aufgabe vertieft, für den wird alles, was nicht unmittelbar damit zu tun hat, nebensächlich. Allgemein bekannt ist das Bild des "zerstreuten Professors", der in seiner Gedankenwelt lebt und darüber alles andere vergißt. Die aufgeworfenen Fragen nehmen ihn so gefangen, daß er innerlich nur schwer "abzuschalten" vermag. Beim Arzt kommt noch hinzu, daß er oft sein Privatleben der von ihm geforderten ständigen Einsatzbereitschaft opfern muß.

4) Beruf und Berufung

U nter diesen Umständen liegt die Vermutung nahe, daß die Angehörigen der freien Berufe sich zu ihrer Arbeit besonders hingezogen fühlen, und, laut D e n e k e ,[359] zeichnen sie sich sogar geradezu dadurch aus, daß bei ihnen Beruf und Berufung weitgehend übereinstimmen. Diese Auffassung impliziert jedoch den Vorwurf, daß alle anderen ohne Freude und Hingabe ihrer Tätigkeit nachgehen.
Im Zuge der technischen Spezialisierung und Rationalisierung kommt es zwar vielerorts zu einer Entfremdung des Menschen von seiner A rbeit. Eine monotone Beschäftigung am Fließband, die keine Wahlmöglichkeit mehr bietet und keinen Bewegungsspielraum mehr zuläßt, gestattet auch keine Identifizierung des Arbeitenden mit seinem Werk. D ie Persönlichkeit der Berufstätigen ist heute oftmals zerfallen in

358) Ähnlich ist die Situation in der Landwirtschaft.
359) "Die freien Berufe" S. 64

ein "Freizeitindividuum" und ein "Arbeitstier", [360] denn eine innere Berufung zu einer stupiden Knopfdrucktätigkeit ist kaum vorstellbar. Persönliche Anteilnahme oder gar der Drang, eine bestimmte Arbeit zu tun, setzt die Möglichkeit voraus, diese noch weitgehend frei gestalten und ihr seinen eigenen Stempel aufdrücken zu können. Je größer die geistigen Anstrengungen sind, deren es bei der Erfüllung einer Aufgabe bedarf, und je unvertretbarer die verlangte Leistung ist, desto eher wird sich ein Mensch zu dieser Arbeit hingezogen fühlen und sich mit seiner ganzen Person dafür einsetzen. Insofern sind bestimmte freie Berufe wie die des Künstlers, Forschers, Arztes und Rechtsanwaltes besonders "berufungsgeeignet". Es darf aber keinesfalls übersehen werden, daß es auch in anderen Berufen (Gewerbetreibende, Beamte, Angestellte) viele gibt, die in ihrer Arbeit Erfüllung finden, weil diese ihren privaten Neigungen entspricht. Man denke z. B. an einen Autoschlosser, der in seiner Freizeit mit Leidenschaft Autos "frisiert", oder an einen Elektriker, der in jeder Mußestunde an Radios oder Funkgeräten bastelt !

Zudem ist keineswegs gewiß, mit welcher Einstellung etwa der einzelne Mediziner oder Jurist an seine Arbeit herangeht, ob er sich ihr in aufopfernder Hingabe widmet oder ob er sie ohne wirkliches Interesse als "Job" erledigt. Allein die Tatsache, daß jemand Angehöriger eines freien Berufs ist, gibt noch keinen Aufschluß über seine innere Berufung. Die verschiedensten Faktoren (die Umstände, die Neigung, die Verdienstmöglichkeiten u. a.) spielen heute allgemein bei der Berufswahl und Berufsausübung eine Rolle, so daß man sogar schon von der "Berufskrise der Gegenwart" gesprochen hat. [361]

---

360) Vgl. D e n e k e (freie Berufe) S. 66

361) Vgl. S c h a r m a n n : Arbeit und Beruf - Eine soziologische und psychologische Untersuchung über die heutige Berufssituation, Tübingen (1956), S. 6, B ü l o w S. 15

5) "Freie Berufe" - eine Kategorie des Sollens

Wenn trotzdem gerade bei Künstlern, Wissenschaftlern, Ärzten, A nwälten u. a. so oft von einer Übereinstimmung von Beruf und B erufung die Rede ist, dann hauptsächlich deshalb, weil bei ihrer Tätigkeit, wenn sie sinnvoll sein soll, die innere Anteilnahme des Berufsträgers und sein persönlicher Einsatz unerläßlich sind. Es handelt sich also um die Notwendigkeit, diese Berufe nur dann zu ergreifen,wenn man sich zu der entsprechenden Arbeit hingezogen fühlt.

Überhaupt darf die indikativische Formulierung in einigen Berufsgesetzen ("Der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus. Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe." - "Der ärztliche Berufe ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf". etc.) nicht so verstanden werden, als stelle hier der Gesetzgeber nur ausdrücklich fest, daß bestimmte Berufe aufgrund klar ersichtlicher Charakteristika keine "Gewerbe" seien. Vielmehr wird das Bild der "freien Berufe" weitgehend bestimmt durch mannigfache Erwartungen und Forderungen, und der Unterschied zu den "Gewerben" liegt weniger im Bereich des Seins, als in dem des Sollens. [362] Diesen Gesichtspunkt dürfen wir nicht aus dem Auge verlieren, wenn wir uns nun der Frage zuwenden, welche Bedeutung dem Gewinnstreben zukommt, das immer wieder als wesentliches Unterscheidungskriterium zwischen Gewerbe und freiem Beruf bezeichnet wird. [363]

6) Die Bedeutung des Erwerbsstrebens bei den "freien Berufen"

a) Profitdenken und geistige Freiheit

Fast jedermann ist mit unterschiedlicher Intensität und wechselndem Erfolg bemüht, Geld zu verdienen, um seinen Lebensunter-

362) Vgl. F e u c h t w a n g e r : Die freien Berufe und das Steuerrecht, in: JW 1928, 937 (941). Dies bringt nun auch § 22 Abs. 1 StBerG deutlich zum Ausdruck, wo es heißt: "Steuerberater und Steuerbevollmächtigte haben ihren Beruf als freien Beruf, unabhängig, eigenverantwortlich, gewissenhaft, verschwiegen und unter Verzicht auf berufswidrige Werbung auszuüben."

363) Die sprachliche Verwandtschaft der Worte "Erwerb" und "Gewerbe" ist in der Tat offensichtlich.

halt zu bestreiten und sich womöglich einen gehobenen Lebensstandard leisten zu können. Der Mensch, der weder nach Geld und Gut, noch nach Ruhm und Ehre strebt, und dem bei seiner Arbeit jeder Gedanke an eigenen Vorteil fern liegt, ist bestenfalls ein Wunschtraum, dem auch die Angehörigen der freien Berufe nicht entsprechen. Sie bestehen keinesfalls nur aus Idealisten, die bereit sind, alles für die ideellen Ziele ihres Berufs zu opfern. Dies wäre wohl auch zuviel verlangt, denn kaum jemand ist heute noch in der Lage, von seinem Vermögen zu leben und seinen Beruf quasi als Freizeitbeschäftigung zu betrachten. Jeder Beruf muß seinen Mann ernähren, der des Arztes, Anwalts oder Künstlers genauso wie der des Schreiners, Bäckers oder Kaufmanns. Fehlendes Gewinnstreben kann daher kein Kriterium für das Vorliegen eines "freien Berufs" sein. [364] So sicher, wie das Ideal der "Armut als Beruf", das einst Franz von Assisi predigte, [365] heute kaum mehr Anhänger findet, so sicher ist aber auch, daß zügellose Profitgier leicht die Qualität einer Leistung mindert. Wer sich bei seinem Tun nur von dem Bestreben leiten läßt, einen möglichst hohen Gewinn zu erzielen, der kann sich nicht mit ganzem Herzen und all seinen Kräften um optimale Sachlösungen bemühen. Intelligenz, Bildung und guter Wille erweitern den geistigen Freiheitsraum, jede Überbetonung des merkantilen Interesses legt der Freiheit der Entscheidung Fesseln an. Je stärker ein Mensch sein Handeln an den Kriterien der Rentabilität und des Profits orientiert, desto mehr verengt sich sein Gesichtskreis. Er wird partiell blind. [366] Seine eigene Befangenheit verstellt ihm dann möglicherweise den Weg zur Erkenntnis der Wahrheit, und sie macht ihn u. U. sogar bereit, seines Vorteils wegen

---

364) Vgl. Littmann § 18 Anm. 6

365) Vgl. Clasen bei Wilpert S. 73 ff.

366) Eine ähnliche partielle Blindheit kann auch durch die Verfolgung politischer, religiöser, rassischer o. a. Interessen entstehen. Hier liegen die Grundlagen jeder Ideologie. Jede Suche nach der objektiven Wahrheit erfordert die völlige geistige Freiheit. Sie darf nicht durch irgendwelche(ideologische) Tabu-Bereiche beschränkt werden, auch nicht durch Rentabilitätsgesichtspunkte.

(z. B. Kosten- und Zeitersparnis) wider besseres Wissen zu handeln. Er gibt dann nicht mehr in jedem einzelnen Fall sein Bestes, sondern er begnügt sich mit qualitativ schlechterer Leistung. Diese Gefahren bestehen grundsätzlich in jedem Beruf. Sie wachsen aber mit der Bedeutung und Schwierigkeit der Arbeit. Je komplexer ein Problem ist, und je mehr Momente gleichzeitig bedacht, bewertet und zueinander in Beziehung gebracht werden müssen, desto eher kann die oeconomische Blickwinkelverengung zu objektiv falschen Folgerungen und zu unrichtigen Ergebnissen führen. Das Gewinnstreben eines Menschen, sein Bemühen, in kurzer Zeit möglichst viel zu verdienen, kann sich bei einer einfachen mechanischen Arbeit sicher nicht so leicht negativ auswirken wie bei der intellektuell anspruchsvollen Betätigung z. B. eines Gutachters oder Beraters. Nägel können im Akkord eingeschlagen werden, eine prüfende oder schöpferische Tätigkeit ist aber unter Zeitdruck nicht möglich. Je gleichförmiger eine Arbeit ist und je unbeteiligter, automatischer sie verrichtet werden kann, desto unempfindlicher ist sie gegenüber einem besonderen Gewinnstreben seitens des Ausführenden. Mögliche Qualitätseinbußen können zumeist toleriert werden.

b) Der Unterschied zwischen Sachgüterwirtschaft und Kulturgüterwirtschaft

Bei der modernen kostengünstigen Massenproduktion wird häufig von vornherein ein gewisser Prozentsatz an Ausschuß einkalkuliert. Bei einer Mängelrüge wird dann einwandfreier Ersatz aus der gleichen Serie geliefert oder der Preis reduziert. Ein solches Verfahren ist in bestimmten Berufen schlechterdings undenkbar. Ärzte, Rechtsanwälte, Künstler u. a. dürfen bei ihren unvertretbaren Individual-Leistungen nicht aus Rentabilitätsgründen eine Anzahl von "Produktionsfehlern" bewußt in Kauf nehmen. Sie müssen in jedem Einzelfall das optimale Ergebnis (Gesundheit, Gerechtigkeit oder Wahrheit) anstreben, ihre Irrtümer lassen sich nämlich in der Regel nur schwer oder überhaupt nicht beheben. Jedes betonte

Profitdenken in diesen Berufen führt also mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem irreparablen Schaden. Hier wird erneut der grundlegende Unterschied zwischen den Berufen der Sachgüterwirtschaft und denen der Kulturgüterwirtschaft offenbar. [367] In der Sachgüterwirtschaft werden Waren hergestellt, die dann entsprechend den Gesetzen von Angebot und Nachfrage auf dem Markt gehandelt werden. Auf ihre Qualität kommt es nur insofern an, als davon der erzielbare Preis abhängt. Es ist sogar unsinnig, in jedem Fall Ware von optimaler Güte herzustellen, da dies bei kurzlebigen oder dem Zeitgeschmack unterworfenen Gütern unzweckmäßig wäre. Jede Entscheidung eines Unternehmers richtet sich daher u. a. nach dem Verwendungszweck der Ware, nach den technischen Möglichkeiten, den Kosten und den erzielbaren Preisen. Er wird versuchen, billig zu produzieren, um den höchsten Gewinn zu erreichen. Nur durch die Konkurrenz, die ebenfalls Geschäfte machen möchte, wird eine bestimmte Qualität der Waren erzwungen. "Die Güte der Leistung im Dienste des Leistungsempfängers erstrebt der Geschäftsmann grundsätzlich nur um seines eigenen Vorteils willen." [368] Im Gegensatz dazu dürfen sich die Angehörigen der "freien Berufe" [369] bei ihrer Tätigkeit nicht derselben Methoden bedienen wie ein Unternehmer. Es könnte nämlich nicht wieder gut zu machender Schaden entstehen, wenn etwa ein Rechtsanwalt aus Profitgier soviele Klienten übernähme, daß er ihre Angelegenheiten nicht mehr mit der nötigen Sorgfalt zu bearbeiten imstande wäre. Seine Aufgabe wird nicht am Fließband erledigt, sondern sie erfordert jedesmal den Einsatz seiner ganzen Person. - Ebensowenig darf der Arzt beispielsweise seine Hilfe von der Zahlungsfähigkeit des Patienten abhängig machen, und der Künstler darf nicht dem Absatz seiner Werke zuliebe schlechte Kunst liefern. In jedem einzelnen Fall müssen sich die Freiberufler um Vollkommenheit und letzte Erkenntnis bemühen. Eine willkürliche Abstufung ihrer Leistungen

---

367) Vgl. auch oben: Teil II § 4 III 2 a)

368) Feuchtwanger (Staat und freie Berufe) S. 43

369) Soweit sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt, sind mit diesem Begriff jeweils nur die traditionell freien Berufe der Ärzte, Rechtsanwälte und Künstler gemeint.

wäre unerträglich. Bei einem Schlosser oder Schreiner ist die Frage an den Kunden, ob er die einfache oder die bessere Art der Ausführung wünsche, üblich, sinnvoll und nicht zu beanstanden. Dieser wird sich dann seinen Ansprüchen und seiner finanziellen Lage gemäß entscheiden. Eine entsprechende Situation ist bei den freien Berufen kaum vorstellbar. Eine bewußte Qualitätsdifferenzierung ist ihnen nicht erlaubt, denn es geht um bleibende Werte. Eine halbe Wahrheit ist keine Wahrheit und Gerechtigkeit gibt es nur ganz oder gar nicht. Wirtschaftliche Erwägungen dürfen ihre Arbeit deshalb nicht maßgeblich beeinflussen.

c) Das besondere Verhältnis zwischen Freiberufler und Kunden

In diesem Zusammenhang ist noch ein weiterer Gesichtspunkt von Wichtigkeit. Die meisten Freiberufler können ihre Dienste nur in einer Atmosphäre absoluten Vertrauens erbringen. Zwischen Arzt und Patient, Rechtsanwalt und Klient, Pfarrer und Gläubigen oder Erzieher und Schüler bedarf es einer rückhaltlosen Aussprache. Nur wenn der Kranke, Schuldbeladene oder Unwissende seine intimsten Gefühle und Nöte offenbart, kann derum Hilfe Gebetene ein echtes Verständnis für die Probleme des anderen gewinnen, aufgrund seiner Kenntnisse, Erfahrungen und Überlegungen dessen Situation beurteilen und ihm gültige Antworten auf seine Fragen geben. Wer aber einem Menschen sein Innerstes preisgibt, wer sich ihm dadurch ausliefert und überantwortet, der erwartet von ihm nicht nur bloße "Kredit- oder Vertragswürdigkeit", er rechnet vielmehr mit dessen allgemeiner persönlicher Vertrauenswürdigkeit. [370] Er muß sich darauf verlassen können, daß alles, was er ihm unter dem Siegel der Verschwiegenheit berichtet, auch ihr Geheimnis bleibt. Nicht zuletzt will er sicher sein, daß der andere sich nach besten Kräften um eine Lösung seiner Probleme bemüht und nicht nur seinen eigenen

---

370) Deneke (freie Berufe) S. 89

Vorteil im Auge hat. Jedes starke Gewinnstreben z. B. der Ärzte und Rechtsanwälte beeinträchtigt somit die menschlichen Beziehungen zu ihren Patienten und Klienten. Von der Intensität des persönlichen Vertrauensverhältnisses ist aber oft die Brauchbarkeit ihrer Dienste unmittelbar abhängig. Trotz der erforderlichen menschlichen Nähe der Beteiligten muß jedoch immer die Distanz gewahrt bleiben, die für eine sachliche Entscheidung und damit für eine echte Hilfe notwendig ist. Das Verhältnis muß beherrscht sein von Vertrauen, aber frei sein von Vertraulichkeit. 371)

Unter diesem Blickwinkel sind viele der besonderen gesetzlichen und standesrechtlichen Pflichten der Freiberufler zu verstehen. Staat und Stand versuchen, das Vertrauensverhältnis zu schaffen bzw. zu erhalten, das notwendig ist zur Erbringung bestimmter, für die Gemeinschaft wichtiger Dienste. So erklärt sich z. B. die Forderung, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Ärzte, Steuerberater u. a. müßten verschwiegen sein und sich innerhalb und außerhalb des Dienstes der Achtung und des Vertrauens würdig erweisen, welche der Beruf erfordert.

Entsprechender Bestimmungen bedarf es etwa für Maler oder Schriftsteller nicht im gleichen Maße. Ihre Arbeit vollzieht sich zumeist in der Stille und Abgeschiedenheit. Für eine dem Verhältnis Arzt - Patient vergleichbare Beziehung fehlt bei ihnen insoweit die Voraussetzung. Gleichwohl braucht aber auch der Künstler den intensiven Kontakt zu seinem Publikum. Er bedient sich seiner Werke ja gerade, um sich anderen Personen mitzuteilen. Durch sie berichtet er von seinen Vorstellungen und Erkenntnissen, versucht er aufzurütteln, zu helfen oder zu erfreuen. Der Unterschied zwischen den geistigen Dienstleistungsberufen und den freien Berufen der Idealgüterproduktion liegt nur darin, "daß die zwischenmenschlichen Beziehungen der einen Gruppe unmittelbare, direkte sind, während die der anderen Gruppe über das Medium des Werkes laufen." 372)

---

371) Feuchtwanger (Staat und freie Berufe) S. 43

372) Deneke (freie Berufe) S. 85

d) Das Problem des Praxisverkaufs

Aus dem Erfordernis der zwischenmenschlichen Beziehungen ergibt sich, daß der Freiberufler nicht beliebig ersetzt werden kann durch einen Kollegen mit gleichen Fachkenntnissen. Bei gewerblicher Tätigkeit besteht dagegen grundsätzlich keine Schwierigkeit, Personen mit gleichen Berufskenntnissen gegeneinander auszutauschen, da hier der menschliche Kontakt eine ganz untergeordnete Rolle spielt. [373]

Aus diesem Unterschied folgt u. a. das besondere Problem des Praxisverkaufs. Es ist an der Tagesordnung, daß Fabriken und Geschäfte gegen oft hohe Summen den Besitzer wechseln. Dabei können alle vorhandenen Werte (Maschinen, Waren, Geschäftsverbindungen, Unternehmensorganisation etc.) auf den Erwerber übertragen werden. Der Betrieb läuft im wesentlichen unverändert weiter, nur die Gesichter ändern sich. Natürlich hängt auch sein Erfolg in der Zukunft von den Fähigkeiten und der Schaffenskraft des neuen Eigentümers ab, für den Kunden besteht aber prinzipiell kein Unterschied, ob Herr X oder Herr Y die gewünschten Knöpfe fabriziert.

Der Wert einer Praxis hingegen ist gebunden an die Person des Ausübenden. Seine Tüchtigkeit, seine geistige Beweglichkeit, seine charakterlichen Qualitäten sind entscheidend, aber nicht übertragbar. Diese Werte gehen mit dem Ausscheiden des Praxisinhabers verloren. Der Nachfolger kann nicht einfach an seine Stelle treten und den "Betrieb" weiterlaufen lassen. Ihm bleibt als greifbare Substanz neben den vorhandenen materiellen Hilfsmitteln (Büroeinrichtung, Instrumente, Bibliothek etc.) lediglich die örtliche Lage der Praxis, manche der bestehenden Beziehungen zu Ämtern, Dienststellen u. a. und oft ein Teil der Patienten und Klienten, die vielleicht aus Gewohnheit oder in

---

373) Möglicherweise hat man auch zu "seinem" Bäcker, Metzger oder Friseur ein gutes Verhältnis. Man schätzt ihn als reellen Geschäftsmann, der ordentliche Ware verkauft bzw. seine Kunden zuvorkommend bedient. Man vergleiche aber dieses Verhältnis mit dem, das man etwa zu seinem Hausarzt hat ! Brot und Wurst besorgt man ohne Bedenken auch einmal bei der Konkurrenz (zur Abwechslung oder aus Zeitmangel), zu einem fremden Doktor wird man dagegen nur höchst ungern und nur im Notfall gehen. Es bedarf wohl auch keiner näheren Erläuterungen, daß die individuelle Bedienung beim Friseur etwas ganz anderes ist als der persönliche Einsatz des Arztes für den Kranken.

Erwartung eines ebenbürtigen Nachfolgers der Praxis treu bleiben. Diese Vorteile können grundsätzlich mit Geld abgegolten werden.[374] Das Reichsgericht (RG) vertrat jedoch anfangs die Ansicht, der Verkauf einer Praxis (- nicht der Praxiseinrichtung -) sei unzulässig. Es verstoße gegen die guten Sitten, wenn etwa ein Arzt das ihm vom Publikum entgegengebrachte Vertrauen zur Gewinnerzielung verwerte. Außerdem bestehe die Gefahr, daß der übernehmende Kollege wegen des zu zahlenden Preises unter dem Einfluß eines starken wirtschaftlichen Druckes dazu geführt werde, bei der Ausübung seines Berufs "sein Augenmerk unter Außerachtlassung voller Berücksichtigung der Interessen der Hilfe suchenden Personen auf die Erzielung möglichst hoher Einnahmen" zu richten.[375] Dieser strenge Maßstab des RG kann zumindest heute nicht mehr aufrecht erhalten werden. Zwar schadet jedes übertriebene Profitstreben der Qualität der freiberuflichen Leistung, es ist aber den Angehörigen der freien Berufe nicht zu verdenken, daß unter den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen auch ihre Tätigkeit auf Erwerb ausgerichtet ist. Auch sie sind z. B. gezwungen, für ihr Alter Vorsorge zu treffen. Der Verkauf der Praxis erscheint zu diesem Zweck nicht ungeeignet. Von einer Sittenwidrigkeit der Maßnahme könnte nur dann gesprochen werden, wenn dadurch entgegengebrachtes Vertrauen wirklich verraten würde. Dies ist aber nicht der Fall. Patienten und Klienten werden durch eine entgeltliche Überlassung der Praxis nicht stärker betroffen, als wenn der Nachfolger sie ohne Bezahlung übernimmt. Auch das zweite Argument des RG beleuchtet nur die eine Seite des Problems. Wenn es nämlich einem Arzt oder Anwalt verwehrt ist, sich und seine Familie durch den Verkauf der Praxis finanziell sicher zu stellen, dann besteht die Gefahr, daß er versucht, während seiner eigenen Berufstätigkeit höhere Umsätze zu erzielen, um sich dadurch Rücklagen bilden zu können.

---

374) Das Phänomen des "good will" ist für die freien Berufe von kaum geringerer Bedeutung als für gewerbliche Unternehmen. Vgl. BGHZ BB 1960, 681 Nr. 1179, BGHZ BB 1957, 167 = MDR 1957, 285. A. A K a l s b a c h (Standesrecht .....) § 26

375) RGZ 66, 139 (142)

Das Verbot des Praxisverkaufs schränkt also mögliches Erwerbsstreben nicht ein, sondern verlagert es nur. In Erkenntnis dieser Tatsache und der häufig nicht zu leugnenden praktischen Notwendigkeit, ließ daher schon das RG in den letzten Jahren die Veräußerung einer Praxis "ausnahmsweise und unter besonderen Umständen " [376] zu. Heute ist sie vom Gesetzgeber und den Gerichten grundsätzlich anerkannt. [377] Besonders standesrechtlich bestehen aber noch gewisse Einschränkungen. So gilt es bei Ärzten und Rechtsanwälten weiterhin als standes- oder gar sittenwidrig, eine Praxis so teuer wie irgend möglich zu verkaufen. [378]

e) D i e Bezahlung der geistigen Arbeit

aa) Der Begriff "Honorar"

Die alte Vorstellung, daß es im Grunde nicht angehe, sich sein berufliches Wirken überhaupt bezahlen zu lassen, schlägt sich auch nieder in der Tatsache, daß die Freiberufler nicht wie die Angehörigen der übrigen Berufe Gehalt oder Lohn, sondern ein "Honorar" erhalten. Heute wird durch die Bezeichnung "Honorar" nur noch der Anschein erweckt, als handele es sich bei der Gegenleistung um keine eigentliche Bezahlung, sondern um eine Ehrengabe, denn jeder, der die Dienste eines F reiberuflers in Anspruch nimmt, erhält hier, wie überall, eine Rechnung, die er dann auch begleichen muß. [379] In Athen und Rom aber wurde den Künstlern, Ärzten und Rechtsgelehrten zumindest ursprünglich jeder Anspruch auf Vergütung ihrer

---

376) Vgl. RGZ 153, 280 (Rechtsanwalts - Praxis), RGZ 153, 294 (Arzt - Praxis)

377) Vgl. § 22 Abs. 2 Zulassungsordnung für Ärzte vom 26.11.1953 (Baden - Württemberg. GBl. S. 197), BGHZ 16, 71; BGHZ NJW 1959, 1584

378) K a l s b a c h : Standesrecht des Rechtsanwalts, Köln (1956), § 26, S p a n n S. 77 ff., T i e f e n b a c h e r: Ist der Verkauf einer Anwaltspraxis zulässig ? in: BB 1959, 473 ff. mit weiteren Nachweisen

379) Vgl. RFHE 1, 139 (130)

Tätigkeit versagt. [380] Es bestand die Auffassung, daß geistige Arbeit keine gewöhnliche Arbeit zum Zwecke des Erwerbs sei, sondern um der Sache selbst willen getan werde. Hinzu kam die Erkenntnis, daß geistige Arbeit an sich unbezahlbar ist, weil schöpferische Leistung im Grunde durch keinen Geldbetrag aufgewogen werden kann. [381] Mitunter handelt es sich um ein Lebenswerk. Jede geistige Arbeit hat Seltenheitswert und stellt ein "unersetzliches Unicum" dar, [382] Aufwendungen und Unkosten können nicht berechnet werden wie bei einer Marktware.

Die Freiberufler erbrachten daher früher ihre wertvollen Dienste ohne wirkliche Entlohnung, sie wurden in der Regel nur durch hohes Ansehen entschädigt. Zudem erhielten sie oftmals vom Beschenkten eine Ehrengabe (Honorar). Sie waren somit, wenn sie nicht von Haus aus über eigenes Vermögen verfügten, auf dessen Großzügigkeit angewiesen, und nicht selten wurden die von ihnen erbrachten unbezahlbaren Leistungen dann wirklich nicht bezahlt.

Im Laufe der Zeit setzte sich aber generell die Einsicht durch, daß auch geistige Arbeit, ohne Abbruch ihrer Würde, ihren materiellen Lohn finden darf, und aus dem freiwillig gegebenen Honorar entwickelte sich eine "Honorar"-Forderung der Geistesschaffenden. [383]

---

380) Vgl. Hauser Bd. I, S. 123, Diepgen S. 153, Weissler (Geschichte) S. 92, 94

381) Diese prinzipielle Unbezahlbarkeit ihrer Leistung gilt letztlich nicht nur bei den Freiberuflern. Bei jeder menschlichen Arbeit geht ein Teil der Persönlichkeit des Schöpfers in sein Werk ein - und zwar umso stärker, je mehr die Arbeit sein Mitdenken, sein persönliches Engagement und sein persönliches Verantwortungsbewußtsein erfordert. Umgekehrt prägt auch die Arbeit den Menschen. Mit Geld allein kann somit letzten Endes keine Tätigkeit voll vergütet werden. Aus dieser Erkenntnis leitet z. B. Ballerstedt: Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, in: JZ 1951, 486(491), sein "Recht auf Arbeit" ab, das für ihn Grundlage des Mitbestimmungsrechts ist. Vgl. auch Rittner S. 23 f.

382) Vgl. Cohen: Die geistige Arbeit und ihre Vergeltung - Zur Theorie und Politik der geistigen Arbeit, München (1910), S. 10

383) RGZ 66, 143 (149) mit Nachweisen

bb) Die Bedeutung der Gebührenordnungen bei den "freien Berufen"

Bei den Medizinern und Advokaten sah sich der Staat aber schon frühzeitig veranlaßt, die freie Honorargestaltung einzuschränken und Taxordnungen einzuführen. Durch feststehende Gebührensätze sollten einerseits überhöhte Preise verhindert werden, die der allgemeinen Gesundheits- bzw. Rechtspflege schädlich waren, weil sich arme Leute die Hilfe eines Arztes oder Anwalts nicht mehr leisten konnten. Andererseits wollte man dadurch auch die Angehörigen der qualifizierten Berufe vor einem ruinösen Wettbewerb untereinander oder mit Kurpfuschern und ungebildeten Rechtskonsulenten schützen. Sie sollten sich möglichst ohne finanzielle Sorgen und ohne die Notwendigkeit, um Preise feilschen zu müssen, ganz ihrer wichtigen Arbeit widmen können. Dieselben Gesichtspunkte sind maßgeblich, wenn heute auch Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Architekten u. a. ihre Rechnungen aufgrund von Gebührenordnungen erstellen. Die festgelegte Höhe der Gebühren soll übersteigerte Forderungen verhindern und gleichzeitig den Berufsträgern ein ausreichendes Einkommen ermöglichen. [384] Die Angehörigen bestimmter Berufe sind somit bewußt aus dem Konkurrenzkampf auf dem Preissektor ausgenommen. Auffällig ist, daß für sie Gebührenordnungen zugelassen und sogar neu geschaffen werden, während für die Mehrzahl der Berufe gerade der harte wirtschaftliche Wettbewerb als erstrebenswert betrachtet wird. [385] Die Begründung liegt in dem schon des öfteren erwähnten Unterschied zwischen Sachgüter- und Idealgüterwirtschaft. Die kapitalistische Nationalökonomie ist Tauschtheorie und paßt daher nur sehr unvollkommen auf die geistige Arbeit. Die Freiberufler dürfen sich bei ihrer Tätigkeit nicht von dem Gedanken an den erzielbaren

---

384) Hebammen haben sogar ein vom Staat garantiertes Mindesteinkommen, um ihnen die Niederlassung auch an solchen Orten zu ermöglichen, an denen ein ausreichendes Berufseinkommen nicht gesichert ist. Vgl. § 14 HAG

385) "Das Bundeskartellamt wendet das Kartellverbot auf freie Berufe dann nicht an, wenn wettbewerbsbeschränkte Absprachen der Berufsangehörigen durch staatliche oder auf Grund staatlicher Ermächtigung gesetzten Berufsstandesrechts der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen sind." (Antwort des parlamentarischen Staatssekretärs beim Bundeswirtschaftsminister, Dr. Arndt, in der Fragestunde des Bundestages vom 25.9.1968 - Protokoll der 185. Sitzung S. 10 038 - auf eine entsprechende Anfrage).

Profit leiten lassen, sondern sie müssen in jedem Fall zum Wohl des einzelnen und der Allgemeinheit ihr Bestes geben. Ihr Schaffen ist nur sinnvoll,wenn sie sich immer ohne Rücksicht auf eine eventuell höhere Gewinnchance um die objektiv günstigste Lösung bemühen. Der Tauschgedanke gefährdet die Qualität ihrer Leistung, denn Tauschwert und Kulturwert stimmen häufig nicht überein. Gerade hochwertige Geistesprodukte werden oft in ihrer Bedeutung nicht erkannt und finden daher keinen Markt, nur weil die Zeit für sie noch nicht reif ist. [386] "Je höher ein geistiges Erzeugnis in der Skala der Brauchbarkeiten steht, von desto weniger Menschen wird es geschätzt, denn die Beurteilung des Wertes eines Fortschritts ist umso schwieriger, je größer der Fortschritt ist." [387] Dies ist ein wichtiger Grund, weshalb sich Geistesarbeiter in der wirtschaftlichen Freiheit oft so schwer tun. Selbst - oder gerade - zukunftweisende, geniale Leistungen finden keinen Abnehmer oder sie werden nicht angemessen honoriert. Gebührenordnungen mit ihren festen Preisen sind z. T. ein taugliches Mittel, auch den Freiberuflern ein ausreichendes Einkommen zu sichern. Aber auch sie setzen, wenn sie ihr Ziel erreichen wollen, zumindest eine genügend große Nachfrage des Publikums nach entsprechenden Leistungen voraus. [388] Gebührenordnungen sind daher kein Allheilmittel für alle Schwierigkeiten der freien Berufe. Wegen der mannigfachen Probleme in der wirtschaftlichen Selbständigkeit suchen viele Geistesschaffenden den Schutz und die Sicherheit eines Beamten- oder Angestelltenverhältnisses.

---

386) Vgl. die entsprechenden Beispiele bei Cohen S. 13 Fußnote 2

387) Cohen S. 11, Feuchtwanger (freie Berufe) S. 67

388) Wo diese Nachfrage im kulturellen Bereich fehlt, liegt meist keine Überproduktion vor, sondern ein Unterkonsum. Vgl. Heuss S. 242

IV

Die Ausübung eines "freien Berufs" im Angestellten- oder Beamtenverhältnis

1) Freiberufler im nationalökonomischen und sozialethischen Sinn

Nahezu sämtliche freiberuflichen Tätigkeiten werden heute auch in abhängiger Stellung ausgeübt. Als Beamte und Angestellte wirken Künstler, Wissenschaftler, Ärzte, Juristen, Architekten, Volkswirte, Journalisten und viele andere, ja insgesamt betrachtet, sind sogar die meisten dieser Berufstätigen Gehaltsempfänger, und die Zahl der Abhängigen unter ihnen wächst laufend absolut wie relativ. [389] Es stellt sich nun die Frage, ob man sie ebenfalls als "Freiberufler" bezeichnen soll. [390] Diese Überlegung erscheint überraschend, da man, wenn von Freiberuflern gesprochen wird, zumeist nur an Personen denkt, die für eigene Rechnung arbeiten. In diesem Sinn wurde auch hier - ausgehend von § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG - bislang dieser Ausdruck verwendet. Eine derartige Begrenzung des Begriffs ist aber keineswegs zwingend. Von den wirtschaftlich Abhängigen fordert und erwartet man ebenso wie von ihren selbständigen Kollegen große Bildung, Arbeit um

389) Vgl. dazu das erläuterte Ergebnis der Volks- und Berufszählung vom 6.6.1961 bezüglich der "selbständigen und abhängigen Erwerbspersonen nach Berufsgruppen und ausgewählten Berufsklassen" in: Wirtschaft und Statistik (1965), S. 799 ff. Danach arbeiteten in unselbständiger Stellung bei den Rechtsanwälten und Notaren 11 %, Ärzten über 40 %, künstlerischen Berufen 72 % und den "übrigen Berufen der Wissenschaft und des Geisteslebens" 79 %. Der Anteil der Abhängigen unter diesen Berufstätigen steigt weiterhin. Er dürfte nun z. B. bei den Ärzten schon bei etwa 50 % liegen. Vgl. Wirtschaft und Statistik (1965) S. 795 und "Statistisches Jahrbuch für die BRD", hrsg. vom Statistischen Bundesamt (1970), S. 66

390) Z. T. wird dies mit der Begründung bejaht, daß erst "aufgrund bestimmter Sachzwänge (wirtschaftliche Entwicklung, Zunahme des Umfangs und der Schwierigkeit der Berufsaufgaben) ... ursprünglich freiberufliche Arbeit von angestellten Berufsträgern übernommen" worden sei. (So z. B. F l e i s c h m a n n S. 77). Die geschichtlichen Ausführungen dieser Arbeit haben jedoch gezeigt, daß im Mittelalter anfangs die meisten höheren Ärzte als angestellte Stadtärzte fungierten oder im Dienst weltlicher oder geistlicher Fürsten standen. Es gab Stadtadvokaten und Hofdichter.

der Sache selbst willen, strenge Objektivität, eigenverantwortliches Handeln und alle anderen Eigenschaften und Merkmale, die die Angehörigen der "freien Berufe" zumeist auszeichnen.

So besehen, löst sich dann der Gegensatz zwischen Beamten und Angestellten einerseits und Freiberuflern andererseits auf. Freier Beruf und wirtschaftliche Abhängigkeit sind offensichtlich auch für den Gesetzgeber kein Widerspruch. Wenn es z. B. in § 1 Abs. 2 BÄrzteO heißt: "Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe, er ist seiner Natur nach ein freier Beruf." [391], dann wird erkennbar nicht zwischen beamteten, angestellten und "frei" praktizierenden Ärzten unterschieden. [392] Ebenso zeigen etwa die WprO, das StBerG und die BRAO, daß ein "freier Beruf" nicht notwendig für eigene Rechnung ausgeübt werden muß. [393]

Im Verlauf unserer Untersuchung haben wir immer wieder auf die unklaren und widersprüchlichen Vorstellungen hingewiesen, die in Literatur und Rechtsprechung in Verbindung mit dem Problem "freie Berufe" bestehen. Ein Vergleich zwischen § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG und den einschlägigen Berufsgesetzen zeigt nun, daß selbst der Gesetzgeber diesen Begriff nicht einheitlich verwendet und daß nur auf dem Gebiet des Steuerrechts die wirtschaftliche Selbständigkeit eines Berufstätigen Voraussetzung ist für seine Anerkennung als "Freiberufler". Folgerichtig erklärt daher D e n e k e [394], man könne in zweifacher Hinsicht von Freiberuflern sprechen: Im Sinne einer nationalökonomischen (auch steuerrechtlichen) Definition bilden die "Angehörigen der 'freien Berufe' einen Teil der wirtschaftlich Selbständigen und unterscheiden sich von den Selbständigen vor allem dadurch,

---

391) Vgl. auch § 1 Abs. 2 BTierärzteO

392) Es widerspräche der Überlieferung und dem historischen Berufsbild des Arztes, die als Angestellte, Beamte oder Hochschullehrer tätigen Ärzte der BÄrzteO nicht zu unterstellen. (Vgl. E t m e r / B o l c k : Kommentar zur Bundesärzteordnung, München (1962), § 1 Anm. 4 und OVGE Lüneburg DVBl. 1960, 365)

393) Vgl. §§ 1 Abs. 2, 27 ff., 130 Abs. 2 WprO und §§ 16 ff., 22 Abs. 1 StBerG, die die Bildung von Wirtschaftsprüfungs-, Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften gestatten.
Nach § 46 BRAO sind grundsätzlich auch "Syndikusanwälte" zur Rechtsanwaltschaft zugelassen.

394) "Die freien Berufe" S. 116

daß sie - wie die Unselbständigen - Bezieher unfundierter Einkommen aus Entgelten für persönliche und zwar geistige Arbeit sind. Im Sinne einer sozialethischen (auch ständischen) Definition gelten als Angehörige der freien Berufe jedoch auch solche in abhängiger Stellung geistig Tätige, die in ihrer spezifischen Berufsausübung nicht an Weisungen gebunden sind oder sein können." [395]

2) Die Bedeutung der wirtschaftlichen Abhängigkeit für die Güte der freiberuflichen Leistung
(Freiheit der Abhängigen - Unfreiheit der Selbständigen)

Diese Einteilung der Geistesschaffenden in selbständige und unselbständige Freiberufler sagt nichts darüber aus, ob beide Gruppen dieselben Dienste gleich gut zu erbringen vermögen. Es erscheint aber lohnend, gerade dieses Problem näher zu durchdenken, denn einige Autoren sehen nur im selbständig Tätigen den Garanten für die zufriedenstellende Erfüllung bestimmter Aufgaben und bezeichnen auch nur ihn als "Freiberufler". So behauptet E v e r l i n g , [396] es müsse im Volke Menschen geben (eben die Freiberufler), die weder Beamte noch Angestellte seien und die sich möglichst ungestört der sachlichen Arbeit der

395) Legt man diese Differenzierung zugrunde, dann fällt auf, daß nicht jeder, der einen gemäß § 18 EStG freien Beruf ausübt, auch gleichzeitig zu den Freiberuflern im sozialethischen Sinn zu rechnen ist. Krankengymnasten und Hebammen beispielsweise sind Hilfspersonen des Arztes und haben seinen Anordnungen Folge zu leisten. Soweit ihnen also ärztliche Weisungen erteilt werden, sind sie weder in ihrer beruflichen Entscheidung frei, noch tragen sie letzte Verantwortung für ihr Tun. Wenn trotzdem der Zentralverband für Krankengymnastik Mitglied des BVerb. d. fr. Be. ist, der sich gerade die Vereinigung und Förderung der "frei und selbstverantwortlich" Schaffenden zur Aufgabe gemacht hat (vgl. § 1 Abs. 2 seiner Satzung, abgedruckt im Jahresbericht des BVerb. d. fr. Be. 1968 /69, S. 5), dann zeigt sich darin erneut die Schwierigkeit und Unsicherheit bei der Einteilung und Abgrenzung der freien Berufe. Die Konfusion geht soweit, daß es selbst in den Dachorganisationen der freien Berufe im Bund und in den Ländern z. B. bei Heilpraktikern und Apothekern keine Übereinstimmung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu den freien Berufen gibt. (Vgl. D e n e k e (freie Berufe) S. 114)

396) aaO. S. 9 /10

Kulturproduktion widmeten. Feuchtwanger [397] spricht davon, die selbständigen "Sozialamtsträger" wie Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten etc. müßten sich solcher sozialen Bedürfnisse annehmen, "deren Befriedigung weder durch gewerbliche noch durch behördliche Verrichtung genügend gesichert ist." Da wir schon früher festgestellt haben, daß diese Berufstätigen zur Erfüllung ihrer Aufgabe eines Höchstmaßes an Sachlichkeit, Eigenverantwortlichkeit, Unabhängigkeit und nicht selten auch eines persönlichen Vertrauensverhältnisses zu ihren Kunden bedürfen, gilt es zu untersuchen, ob diese Voraussetzungen innerhalb eines Beamten- oder Angestelltenverhältnisses grundsätzlich nicht oder nicht im ausreichenden Umfang gewährleistet sind.

Denkt man an die Arbeitsweise von Behörden und Dienststellen, dann verbindet sich mit dieser Vorstellung sicher nicht der Wunsch, dort seine ganz privaten Sorgen zur Sprache zu bringen und seine innersten Gefühle preiszugeben. Menschliches Verständnis zu zeigen, liegt nicht im Wesen der Bürokratie. Sie amtiert, wie Max Weber zurecht erklärt, ohne Haß und ohne Leidenschaft und ohne Liebe. [398] Ihr haftet eine Tendenz zur Nivellierung und Entpersönlichung an, denn ihre Prinzipien sind bei der Massenverwaltung notwendigerweise: Präzision, Sachlichkeit, Disziplin, Straffheit, Korrektheit, Verläßlichkeit, Fachwissen, Berechenbarkeit, Kontrollierbarkeit. [399] Der Gedanke, z. B. als Kranker einem "Schalterbeamten" sein Herz ausschütten zu sollen, hat etwas Widerwärtiges an sich. Feuchtwanger schießt jedoch über das Ziel hinaus, wenn er daraus folgert, der beamtete Arzt habe nur im behördlichen Gesundheitsdienst seine Berechtigung, der Heilarzt aber müsse unbedingt als Selbständiger tätig sein. [400] Er geht anscheinend von der irrigen Vorstellung aus, jeder, der vom Staat besoldet wird, fungiere als weisungsgebundener,

---

397) "Der Staat und die freien Berufe" S. 6

398) Max Weber: "Wirtschaft und Gesellschaft", 3. Aufl., 1. Halbband, Tübingen (1947) S. 128 ff. (129)

399) Vgl. Feuchtwanger (Staat und freie Berufe) S. 35, Max Weber: "Wirtschaft und Gesellschaft", 4. Auf., Tübingen (1956) S. 126 ff., 650

400) Feuchtwanger aaO. S. 19 f.

unpersönlicher Bürokrat und stelle nur ein Rädchen dar im gleichgeschalteten und nivellierenden Apparat der Verwaltung. Überall wirken aber heute auch bedienstete Mediziner, die sich mit großem persönlichen Einsatz und hohem Verantwortungsbewußtsein um das Wohl des Patienten bemühen. Viele Klinikärzte kennen, ebenso wie ihre selbständigen Kollegen, keinen Sonn- und Feiertag, wenn es darum geht, einem Kranken zu helfen. Sie sind keineswegs "Schalterbeamte", die auf die strikte Einhaltung von Dienststunden pochen und nur Befehle eines Vorgesetzten ausführen. Sie verhalten sich so, wie man es von jedem Freiberufler erwartet: sie tun in freier Entscheidung und unbürokratisch das, was die Sache erfordert.

Es erscheint überhaupt problematisch, ob sich das am Einzelfall orientierte Denken und Handeln der (selbständigen) Freiberufler noch generell dem schematisierenden und egalisierenden Verfahren in der "Bürokratie" gegenüberstellen läßt. Man muß nämlich erkennen, daß viele "freiberuflichen" Tätigkeiten heute routinemäßig ausgeübt werden (müssen ?). Reihen- und Vorsorgeuntersuchungen bei Medizinern, Anträge auf Erlaß von Zahlungsbefehlen bei Rechtsanwälten, Arbeiten mit Normteilen und DIN - Maßen bei Architekten etc. sind an der Tagesordnung, während sich die typische "Bürokratie" zunehmend zur "Adhocratie" [401] wandelt, d. h. die Organisationen gerade zur Lösung von Sonderproblemen und Einzelfragen konstituiert werden. (Man denke etwa an Planungsgruppen und Krisenstäbe in Industrie und Verwaltung oder an die jeweilige Zusammenstellung von Spezialteams [402] bei Wissenschaftlern oder Ärzten zur Bewältigung konkreter Forschungsprojekte, zur Durchführung schwieriger Operationen u. a.) Hier verwischt sich somit der Unterschied zwischen im herkömmlichen Sinn "freiberuflicher" und "nicht-freiberuflicher" Tätigkeit, die Zugehörigkeit zu einem Beschäftigungsverhältnis verhindert also nicht zwangsläufig eine selbständige und sachbezogene Arbeit. [403]

Allein aus der Tatsache, daß Ärzte, Architekten, Journalisten, Wissenschaftler oder Künstler Gehalt beziehen, läßt sich deshalb nicht

---

401) Toffler S. 101 ff., 110 ff.

402) Die Frage der Teamarbeit der Freiberufler wird weiter unten noch ausführlicher behandelt.

403) Was immer man zu der unbezweifelbaren Änderung innerhalb der überkommenen Angestellten- oder Beamtenhierarchie sagen mag, "es handelt sich jedenfalls nicht mehr um die alte Webersche Bürokratie." Toffler S.114

schließen, daß sich in der Art ihrer Tätigkeit etwas ändert und sie vielleicht ihre Aufgaben nicht mehr voll erfüllen können. Es ist im Gegenteil u. U. vorteilhaft, wenn sie materiell gesichert sind und sich so uneingeschränkt ihrer Arbeit widmen können. Sie brauchen sich keine Gedanken zu machen um die Sicherstellung ihrer Familie, um die eigene Zukunft im Krankheitsfall oder um die Altersversorgung. Sie geraten daher auch nicht so leicht in die Versuchung, sich etwa aus finanziellen Erwägungen mehr Arbeit zuzumuten, als sie noch einwandfrei bewältigen können. Diese Einsichten liegen generell der bewährten Idee des Berufsbeamtentums zugrunde: Durch ausreichende und gesicherte Alimentation wird der einzelne in den Stand gesetzt, in jedem Fall ausschließlich sachorientierte Entscheidungen zu treffen. Auf der anderen Seite darf man allerdings die Gefahr nicht übersehen, daß mancher gerade durch diese garantierten monatlichen Bezüge bequemer und nachlässiger wird. Der Arzt z. B. wird möglicherweise dem Patienten nicht mehr im gleichen Maß seine Aufmerksamkeit entgegenbringen wie früher, weil er jetzt so oder so sein Geld erhält.

Nun ergeht zwar, wie schon ausgeführt wurde, gerade an die Angehörigen der freien Berufe die Forderung, sich ohne Rücksicht auf persönliche Vorteile ihrer Aufgabe anzunehmen und sich ganz in den Dienst der Sache zu stellen, aber in unserer materialistischen Zeit machen auch sie darin keine Ausnahme, daß finanzieller Anreiz das Interesse an der Arbeit fördert. Das pathetische Gerede der einschlägigen Berufsvertreter und Standesorganisationen, die Freiberufler handelten in erster Linie um der Sache bzw. der Hilfsbedürftigen willen und sie wollten dafür nur ein ausreichendes Entgelt erhalten, dieses angeblich noch bei ihnen wirksame zünftlerische Prinzip der Nahrung, wird durch Tatsachen weitgehend widerlegt. [404] Handfeste materielle Gesichtspunkte spielen häufig eine erhebliche Bedeutung. Wer sich anstrengt und viel leistet, möchte überall entsprechend verdienen. Wenn bei dieser Einstellung das Verantwortungsbewußtsein voll erhalten bleibt, ist gegen diese Haltung auch

---

404) Z. B. scheuen sich in letzter Zeit weder Rechtsanwälte noch Ärzte ihren Forderungen durch Streikdrohungen Nachdruck zu verleihen. S. o. Fußnote 302)

wenig einzuwenden, denn es ist nicht einzusehen, weshalb heute gerade Personen, die für die Gesellschaft qualitativ hochwertige und wichtige Dienste erbringen, schlechter gestellt sein sollen als andere. So ist es auch verständlich, daß viele Freiberufler nur deshalb zusätzliche Unannehmlichkeiten auf sich nehmen, weil es sich für sie auszahlt. Junge Mediziner machen z. B. keinen Hehl daraus, daß sie sich nicht zuletzt des Geldes wegen zum ärztlichen Notdienst während der Nacht und an den Wochenenden drängen [405] - und die Allgemeinheit hat von ihrem Einsatz den Nutzen.

Gewinnstreben kann also grundsätzlich die Leistungsbereitschaft und die Qualität der Arbeit steigern, solange es nicht in Profitgier ausartet. Der Befriedigung des Erwerbsdenkens ist naturgemäß dort mehr Raum gegeben, wo ein Berufstätiger für eigene Rechnung arbeitet. Bei idealer Pflichtauffassung macht es aber keinen Unterschied, ob eine Aufgabe von einem "frei" Praktizierenden, einem Angestellten oder einem Beamten erfüllt wird, und man kann wohl feststellen, daß es grundsätzlich möglich ist, jede freiberufliche Tätigkeit auch in wirtschaftlicher Abhängigkeit mit größtem Erfolg auszuüben. Überprüft man etwa die Liste der Nobelpreisträger der letzten Jahre, dann zeigt sich, daß die meisten ihre bahnbrechenden Leistungen als Angestellte oder Beamte i. w. S. erzielten. Offenbar standen ihnen für ihr Schaffen optimale Bedingungen zur Verfügung, die es ihnen erlaubten, in geistiger Unabhängigkeit und frei von unsachlichen Zwängen zu wirken, und man kann annehmen, daß überhaupt die Mehrzahl der Angestellten in gehobener Position ohne Einmischung ihrer Arbeitgeber weitgehend selbständig tätig ist. [406]

Es ist jedoch nicht auszuschließen, daß der "Chef" mitunter auf seinen "Bediensteten" Einfluß zu nehmen oder gar Druck auf ihn auszuüben versucht. Für jenen entsteht dann zwangsläufig der Konflikt, in berufliche Schwierigkeiten zu geraten oder gegen seine Überzeugung Konzessionen machen zu müssen. Sehr leicht kann so aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit eine geistige Abhängigkeit werden, wenn er immer, aus Furcht seine Stellung zu verlieren, den Wünschen seines Brotherrn nachgibt.

---

405) Vgl. den Bericht in der "FR" vom 26.2.1971: "Doktor, bitte kommen !"

406) Zumal von Akademikern wird allgemein selbständige, unkontrollierte Arbeit erwartet. Arbeitnehmer können einen erheblichen weisungsfreien Tätigkeitsbereich haben. Vgl. BAGE AP Nr. 1 zu § 611 BGB (Abhängigkeit)

Die geistige Unabhängigkeit muß aber unter allen Umständen gewährleistet sein, wenn die freiberuflichen Aufgaben zufriedenstellend erfüllt werden sollen. Insofern erscheint es in der Tat problematisch, ob die "Sozialamtsträger" im Beamten- oder Angestelltenverhältnis tätig sein dürfen oder ob sie ihre Funktionen nur als Selbständige einwandfrei wahrnehmen können. Eine Antwort auf diese Frage fällt nicht leicht. Hier wie dort kommt es auf die Person des einzelnen, seine Reife und Charakterfestigkeit an.

Wie mancher Gehaltsempfänger bereit ist, aus Opportunismus oder wegen mangelnder Zivilcourage sein Mäntelchen nach dem Wind zu drehen und dem Verlangen seines Brotgebers zu entsprechen, so gilt leider auch oftmals bei den Freischaffenden der Satz: "Wes Brot ich eß, des Lied ich sing." Der selbständige Künstler oder Journalist wird sich mitunter, um seine Werke überhaupt verkaufen zu können, nach dem Publikumsgeschmack oder der Verlegermeinung richten. Der mittellose Anwalt wird manchmal nicht widerstehen, bei einem lukrativen Fall in nicht ganz "astreiner" Weise vorzugehen, und der Arzt wird u. U. der Versuchung erliegen, auf Drängen eines Patienten Maßnahmen zu ergreifen, die nicht unbedingt therapeutsch indiziert sind. [407] Schließlich ist es wohl auch kein Zufall, daß bestellte Gutachten so oft zu dem vom Auftraggeber erhofften Ergebnis führen. Dabei ist es in der Regel gleichgültig, ob ein Gehaltsempfänger die Untersuchung auf Wunsch seines Chefs durchführte oder ein Selbständiger im Auftrag eines Kunden. Wer nicht über genügend eigenes Vermögen verfügt, läuft also bei abhängiger wie bei selbständiger Berufsstellung Gefahr, aus wirtschaftlichen Erwägungen, bewußt oder unbewußt, unverantwortliche Zugeständnisse zu machen. Der eine muß sich vor unsachlicher Beeinflussung durch den Arbeitgeber hüten, der andere sich des "peinlichen Ansinnens" mancher Auftraggeber erwehren. [408] So betrachtet ist nicht einzusehen, weshalb die Befriedigung der uns interessierenden sozialen Bedürfnisse ausschließlich in die Hände von Freischaffenden gelegt werden sollte.

---

407) Ein ähnliches Argument wurde von den Apothekern vorgebracht, um die Niederlassungsfreiheit einzuschränken und einen zu strengen wirtschaftlichen Wettbewerb zu verhindern. Vgl. Hoffmann DVBl. 1962, 541 ff.

408) Vgl. Herschel: Freier Beruf und Arbeitsverhältnis, Heidelberg (1964), S. 19

Es ist z. B. auch höchst zweifelhaft, ob selbständige Freiberufler wirklich bessere Chancen als ihre vom Staat bezahlten Kollegen haben, ihre Arbeit von politisch motivierter Einflußnahme frei zu halten. In funktionierenden liberalen Demokratien wird allgemein auf die selbstverantwortliche, persönliche Entscheidung des einzelnen Wert gelegt, sie wird gefördert und z. T. sogar institutionell abgesichert. [409] In totalitären Systemen ist dagegen die einmal beschlossene Generallinie prinzipiell für alle verbindlich. [410] Wenn ein Staat darauf abzielt, kann er die Entfaltungsmöglichkeiten auch der Selbständigen nahezu beliebig beschränken, [411] und insofern läßt sich wohl feststellen, daß die sogenannte freie Intelligenz in der Regel nicht freier ist als die beamtete oder angestellte. [412]

Es ist jedoch nicht zu leugnen, daß die Eingliederung in eine Organisation mit ihren vorgeschriebenen "Dienstwegen", periodischen Arbeitsberichten, schriftlichen Materialanforderungen etc. manche Initiative bremst, Entscheidungen verzögert und die Anpassung an wechselnde Situationen und unterschiedliche Erfordernisse erschwert. Das erstrebenswerte Eingehen auf Besonderheiten und persönliche Wünsche kommt daher nicht selten zu kurz. Hier sind die selbständigen Freiberufler im Vorteil, und hier liegt ihre besondere Bedeutung. Sie

---

409) So garantiert das Grundgesetz z. B. in den Artikeln 97, 114 Abs. 2 und 5 Abs. 3 die Unabhängigkeit der Richter und der Mitglieder des Bundesrechnungshofs und die Freiheit von Forschung und Lehre.

410) Entsprechend der jeweiligen Ideologie kann davon jeder Freiberufler betroffen werden. So war die Produktion von "entarteter Kunst" im 3. Reich generell geächtet, jahrzehntelang mußten die Biologen in Rußland die objektiv falsche Lehre von Lyssenkow ihren Forschungen zugrunde legen und in nahezu allen Diktaturen ist noch heute die Anwendung der Psychoanalyse verboten.
Vgl. Mitscherlich : Die Idee des Friedens und die menschliche Aggressivität, Frankfurt /M. (1969), S. 61

411) Diesbezüglichen Anschauungsunterricht bietet in letzter Zeit die Entwicklung in Griechenland: Künstler werden eingesperrt, Journalisten erhalten Schreibverbot und nur "loyale" Advokaten dürfen vor Gericht auftreten. Vgl. "FR" vom 18. 2. 1970

412) Vgl. Th. Geiger S. 116. --- So besehen, erscheint es auch recht zweifelhaft, ob die selbständigen Freiberufler wirklich, wie Deneke (freie Berufe, S. 342 f.) meint, die Statthalter der Freiheit sind. Es kommt vielmehr der geistigen Schicht insgesamt zu, "über die Grenze zu wachen, die in einem grundsätzlich freiheitlich geordneten Volk dem Staat gezogen ist."
Vgl. Gerstenmaier : Die geistige Schicht im Massenstaat, in: Das geistige Kapital 1957, 65 (68 - 70)

vermögen rascher zu handeln, eher eine Atmosphäre des Vertrauens zu schaffen und leichter einem Hilfesuchenden das Gefühl der Sicherheit und Geborgenheit zu vermitteln.

3) Die Notwendigkeit des wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses für die Ausübung bestimmter freiberuflicher Tätigkeiten

a) Die Lage der Erzieher und Wissenschaftler

Manche freiberuflichen Tätigkeiten können aber heute praktisch nur noch innerhalb eines Beamten- oder Angestelltenverhältnisses ausgeübt werden. So wurde nahezu das gesamte Erziehungswesen verstaatlicht, weil es allein auf diese Weise möglich ist, eine allgemeine Schulpflicht durchzuführen und jedem die gleichen Bildungschancen einzuräumen. Wer sich zum Lehrer berufen fühlt, muß somit fast zwangsläufig in die Dienste des Staates treten.
Der Wissenschaftler findet zumeist nur in der wirtschaftlich abhängigen Stellung die erforderlichen Bedingungen für seine Tätigkeit. Bedeutende Forschung kann von einem einzelnen, der auf sich allein gestellt ist, kaum noch mit Erfolg betrieben werden. Zumindest jede neue naturwissenschaftliche Erkenntnis setzt heute in der Regel aufwendige, über lange Zeit hinweg an teuersten Apparaturen durchgeführte Versuche voraus. Die Kosten für diese Geräte und Einrichtungen übersteigen bei weitem die Möglichkeiten eines einzelnen und können fast nur noch von großen Industrieunternehmen oder vom Staat aufgebracht werden. [413] Nur sie sind auf Dauer in der Lage,

413) Man denke nur einmal an Forschungsreaktoren und Elektronensynchrotone, die Aufwendungen von vielen Millionen Mark erfordern.

Grundlagenforschung, die keinen unmittelbaren Gewinn einbringt, zu finanzieren. Der selbständige Wissenschaftler, der, wie jeder andere, darauf angewiesen ist, seinen Lebensunterhalt zu verdienen, wäre hier oft zu einer vorzeitigen Aufgabe seiner Pläne gezwungen. Erst die wirtschaftliche Sicherstellung ermöglicht es ihm, sich uneingeschränkt seinen Forschungen zu widmen.

b) Die Vorteile der Teamarbeit

Aber nicht nur die Tatsache, daß wissenschaftliche Arbeit immer größere Aufwendungen verlangt, zwingt häufig zum Abschied von einer Tätigkeit in "splendid isolation". Die allgemeine Tendenz zur Spezialisierung hat auch vor den freien Berufen nicht haltgemacht, und, wo früher noch der einzelne das gesamte Wissensgebiet zu überschauen vermochte, bedarf er heute bei der optimalen Lösung komplexer Probleme der Unterstützung durch andere Fachleute.

Im Mittelalter zeichnete sich der Freiberufler durch nahezu umfassende Bildung aus, und er konnte es sich daher leisten, alle Entscheidungen allein zu treffen. Wegen der zunehmenden Fülle neuer Erkenntnisse ist aber heute jeder höchstens noch in Teilbereichen auf dem neuesten Stand und nur insoweit kompetent für verbindliche Aussagen. [414] Das Team der Spezialisten muß daher weitgehend den vielfach propagierten "Einzelkämpfer" ersetzen, und der Freiberufler, der noch immer glaubt, er müsse in jedem Fall auf sich allein gestellt alle Probleme angehen, verhindert u. U. die bestmögliche Hilfe für seinen Auftraggeber. Das öfters zitierte "aristokratische Bewußtsein" der Freiberufler [415] darf bei ihnen nicht zu einer Überschätzung der eigenen Möglichkeiten und Fähigkeiten führen, und die gerade im Hinblick auf die Güte der zu

414) Die Auffächerung ursprünglich eines Berufs in immer neue Berufe spricht hier eine beredte Sprache.

415) Vgl. Deneke (freie Berufe) S. 68, von Wiese: Gesellschaftliche Stände und Klassen, München (1950), S. 67

erbringenden Leistung verteidigte Unabhängigkeit in der Berufsstellung [416] darf nicht zum Fetisch werden, der schließlich sinnvolle Gemeinschaftsarbeit und damit optimale Ergebnisse verhindert.

Am Beispiel der Medizin läßt sich mit aller Deutlichkeit zeigen, daß die Zusammenarbeit im Team im wahrsten Sinn des Wortes lebenswichtig sein kann. Erst das planmäßige Zusammenwirken selbstverantwortlicher Fachleute ermöglicht die rettende Operation. Die Vornahme einer Herzverpflanzung durch einen frei praktizierenden Arzt ist einfach undenkbar. Ein solches Unternehmen verlangt neben aufwendigen technischen Einrichtungen nicht nur einen kühnen und fähigen Chirurgen, sondern der Erfolg hängt maßgeblich von den Spezialkenntnissen eines eingespielten Stabes von Histologen, Röntgenologen, Anästhesisten u. a. ab. Aber nicht nur Aufgaben dieser Größenordnung übersteigen die Möglichkeiten eines einzelnen. Es gibt mitunter Fälle, bei denen ein Kranker von Facharzt zu Facharzt läuft, und für den die richtige Diagnose schließlich zu spät kommt. Nicht die Spezialkenntnisse allein sind nämlich das Entscheidende, sondern ihre sinnvolle Verbindung zum Nutzen des Patienten. So wichtig das persönliche Vertrauen zwischen dem Patienten und "seinem" Arzt für die Behandlung auch häufig sein mag, so dürfen doch nicht die großen Vorteile übersehen werden, die ein "anonymes" Ärzteteam für den Hilfsbedürftigen haben kann. [417] Die Erkenntnisse und Erfahrungen der Mediziner werden hier auf kürzestem Weg zusammengetragen, ausgetauscht und diskutiert, so daß das Team jederzeit über einen Gesamtüberblick der gesundheitlichen Situation

---

416) Vgl. z. B. durchgehend bei Feuchtwanger (Staat und freie Berufe), Zeller: Integration der Freischaffenden in die Massengesellschaft, in: Schriftenreihe des Vereins beratender Ingenieure e. V. Nr. 5 (1964), S. 17

417) An die Stelle des persönlichen Vertrauens zu dem Arzt "X" tritt dann weitgehend das Vertrauen auf die Leistungsfähigkeit des Teams oder der Organisation. ("Das Krankenhaus "Y" genießt einen guten Ruf.") Es ist auch möglich, wie Beispiele zeigen, dem Patienten trotz perfekter Teamarbeit der Mediziner das Gefühl persönlicher Geborgenheit zu vermitteln, z. B. indem dieser sich ein Mitglied des Teams als "Vertrauensarzt" wählen kann. Vgl. Krutoff: Die Mayo-Klinik, Düsseldorf, Wien (1965). Nach diesem Prinzip verfährt auch die "Deutsche Klinik für Diagnostik" in Wiesbaden.

verfügt und entsprechend zu handeln vermag. [418] Was hier am Beispiel der Medizin dargelegt wurde, ließe sich für nahezu alle freiberuflichen Tätigkeiten nachweisen. Die Wissensgebiete sind generell so umfangreich geworden, daß niemand mehr den gesamten Stoff überschauen kann. Eben deshalb spalten sich von den einzelnen Fachbereichen immer neue Spezialdisziplinen ab. [419] Die Spezialisten müssen sich dann aber wieder zum Wohle der jeweiligen Auftraggeber und zum Nutzen der Sache zusammenfinden. Hierzu bildet das Team eine geeignete Form.

Als Resumée all dieser Betrachtungen läßt sich wohl festhalten, daß keineswegs nur auf sich allein gestellte Sozialamtsträger ihre Berechtigung haben, weil auch die Eingliederung in eine Organisation sich u. U. vorteilhaft auf die Qualität ihrer Arbeit auswirkt und bestimmte für die Allgemeinheit notwendige Dienste sogar nur innerhalb einer Gemeinschaft sinnvoll zu erbringen sind. Hierin liegen die Gründe, weshalb heute viele Erzieher, Wissenschaftler, Ärzte, Journalisten u. a. als Beamte und Angestellte wirken.

V

Zur Frage der Anstellung von Bediensteten durch Freiberufler

1) Das Problem der persönlichen Leistung der Freiberufler

Auch bei den Selbständigen ist in der gesamten westlichen Welt eine Tendenz zur Bildung größerer Einheiten erkennbar. [420]

---

418) Auf diese Fragen werden wir in einem anderen Zusammenhang nochmals zurückkommen. (S. u. Teil II § 4 V, 2)

419) So gibt es heute z. B. auch nicht mehr allein den Rechtsanwalt als universellen Sachwalter. Die steuerberatenden Berufe haben sich verselbständigt, und zunehmend entsteht ein Bedürfnis für besondere Fachanwälte. Vgl. Holste: Rechtsanwälte, Sozialgerichtsbarkeit und Fachanwaltschaften, in: AnwBl. 1962, 109 ff.

420) Lach: Ausübung freier Berufe durch juristische Personen, in: BB 1962, 688 (689), Golz: Der beratende Ingenieur im Staat und seine Verantwortung, in: Schriftenreihe des Vereins beratender Ingenieure e. V. Nr. 5 (1964), S. 5 (8)

Man muß sich aber fragen, ob dem Freiberufler bei der Beschäftigung von Mitarbeitern nicht wegen der spezifischen Art seiner Tätigkeit Grenzen gesetzt sind. Selbstverständlich ist es ihm nicht verwehrt, Hilfskräfte einzustellen, die ihn von der Routinearbeit entlasten. Gerade dadurch kann er sich nämlich voll und ganz auf Dinge von entscheidender Bedeutung konzentrieren. Durch die Befreiung vom Papierkrieg o. ä. findet er mehr Zeit für die wichtigen beruflichen Aufgaben i. e. S. Anders sieht es aus, wenn er eben diese verantwortungsvolle Tätigkeit z. T. auf andere Leute zu übertragen sucht. Zwar gibt es Fachkräfte, die gleichwertige Arbeit zu leisten imstande sind, dem Mandanten geht es jedoch in erster Linie darum, daß die Person seines Vertrauens sich seiner Angelegenheiten annimmt. Will der Freiberufler den besonderen Anforderungen seines Berufs gerecht werden, dann muß er darauf verzichten, den ihm erteilten Auftrag im wesentlichen durch andere erledigen zu lassen. Wegen der schon mehrfach betonten Unvertretbarkeit seiner Leistung kann er nämlich von niemandem wirklich ersetzt werden. Stellt er nun Fachkräfte ein, die statt seiner tätig werden, dann wird er u. U. selbst zum Gewerbetreibenden, wenn er die Auftraggeber nicht mehr persönlich und individuell bedient, sondern die geistigen Produkte seiner Angestellten wie gegeneinander austauschbare Waren vertreibt. [421] Die Rechtsprechung entwickelte in diesem Zusammenhang die sogenannte "Vervielfältigungstheorie". Diese besagte, daß die Angehörigen eines freien Berufs dann als Gewerbetreibende anzusehen seien, wenn sie sich bei den Arbeiten der Hilfe anderer Arbeitskräfte bedienten, die die Tätigkeit des Berufsträgers ersetzen sollten oder eine Vervielfältigung seiner Arbeitskraft bedeuteten. Da natürlich im Grunde durch jede Delegation von Arbeit auf einen Angestellten der "Chef" in die Lage versetzt wird, eine größere Zahl von Aufträgen anzunehmen und zu erledigen, zog der BFH

---

421) Allein die rein formelle Zugehörigkeit zu einem der in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG genannten Berufe ist also nicht ausreichend für die Anerkennung der entsprechenden beruflichen Tätigkeit als "freie".

in der Regel da die Grenze zwischen der Ausübung eines freien Berufs und dem Betrieb eines Gewerbes, wo mehr als ein qualifizierter Mitarbeiter beschäftigt wurde. [422] Dieser Maßstab war aber recht willkürlich. Ausschlaggebend ist nämlich nicht, wieviele Angestellte beschäftigt werden, sondern ob die für den Auftraggeber geleisteten Dienste insgesamt noch durch die Person des Freiberuflers ihr Gepräge erhalten. Dies ist u. U. auch dann noch gewährleistet, wenn z. B. ein Architekt mehrere fachlich vorgebildete Arbeitskräfte mit der Erstellung von Entwürfen o. ä. betraut. Andererseits kann die Beschäftigung nur einer Fachkraft schon zuviel sein, wenn nämlich der Berufstätige nicht mehr in der Lage ist, in entscheidender Situation seine eigenen Vorstellungen zur Geltung zu bringen. [423] Ob und inwieweit bestimmte Tätigkeiten von Bediensteten erbracht werden können, ist also eine Frage des Einzelfalls. Dieser Erkenntnis wurde durch das Steueränderungsgesetz von 1960 Rechnung getragen. Die in § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG eingefügten Sätze 3 und 4 stellen jetzt ausdrücklich klar: "Ein Angehöriger eines freien Berufs im Sinne der Sätze 1 und 2 ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient. Voraussetzung ist, daß er auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird. Eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und

---

422) BFHE BStBl 1951 III, 197; 1958 III, 275 (Vgl. auch RFHE RStBl 1939, 577; 1941, 393). Ein Urteil des BFH aus dem Jahre 1959 brachte insofern eine Verschärfung, als es den Schluß zuließ, daß bereits die Beschäftigung von vorgebildeten Hilfskräften, die etwa für die Durchführung eines schwierigen Bauauftrages benötigt werden, die freiberufliche Tätigkeit zu einer gewerblichen macht. Vgl. BFHE BStBl 1959 III, 334

423) Unter diesem Gesichtspunkt erscheint das Urteil des BFH vom 30.4.1959 in BStBl 1959 III, 275 zumindest angreifbar. Darin wird ausgeführt, daß der eine Fahrschule betreibende Kraftfahrlehrer nicht schon durch die Beschäftigung eines voll ausgebildeten Kraftfahrlehrers im Angestelltenverhältnis zum Gewerbetreibenden werde. ---
Selbst wenn man die Ansicht teilt, ein selbständiger Fahrlehrer übe einen freien Beruf aus, dann ist aber doch höchst zweifelhaft, ob er noch auf die Lehrtätigkeit seines Angestellten leitenden Einfluß nehmen kann. Dieser ist bei der Erteilung einer Fahrstunde ganz auf sich allein gestellt. Erfolg und Mißerfolg hängen von seinen Fähigkeiten und seinem Geschick ab.

eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen." [424]

2) Der Zusammenschluß von Freiberuflern und die Ausübung eines "freien Berufs" durch juristische Personen

Die Bedeutung der leitenden Funktion darf aber auch nicht überbewertet werden. Wir sollten uns daran erinnern, daß alle besonderen Forderungen an die Angehörigen der freien Berufe nur insoweit ihre Berechtigung haben, als sie geeignet sind, die erforderliche Güte ihrer Arbeit zu gewährleisten. Gerade der seiner Verantwortung bewußte Arzt, Rechtsanwalt, Architekt etc. wird jedoch heute nicht selten erkennen, daß sein eigenes Wissen und seine Möglichkeiten nicht ausreichen, die beste Lösung eines Problems zu finden. Er wird sich deshalb, um der zu erfüllenden Aufgabe willen, entschließen, die Hilfe von Experten in Anspruch zu nehmen. [425] Je spezieller nun deren benötigte Kenntnisse sind, desto mehr muß er sich auf sie verlassen und desto weniger kann er noch seinen leitenden Einfluß geltend machen. Je mehr er auf ihre Mitarbeit angewiesen ist, und je weniger er ihr engeres Fachgebiet beurteilen und ihre Ergebnisse überprüfen kann, desto mehr werden sie alle zu gleichwertigen Mitgliedern eines Teams. Aus dem Über- - Unterordnungsverhältnis entwickelt sich dann beinahe zwangsläufig ein Gleichordnungsverhältnis. Weil keiner von ihnen aufgrund des eigenen beschränkten Wissens den anderen wirklich ersetzen kann, arbeitet jeder

---

424) Dieser letzte Satz ist wohl nur in steuerrechtlicher Hinsicht von Bedeutung. Der Freiberufler, der kurzfristig verhindert ist, soll nicht deshalb sofort der steuerlichen Vergünstigungen verlustig gehen. Es ist jedoch unbestreitbar, daß er während seiner Abwesenheit weder leitend noch eigenverantwortlich tätig wird. In dieser Zeit treffen seine Mitarbeiter die Entscheidungen, wenngleich in der Hoffnung, daß sie auch in seinem Sinne sein mögen.

425) Z. B. der Internist den Röntgenologen, der Anwalt den Steuerberater, der Architekt den Statiker etc.

einzelne in seinem Aufgabengebiet vollverantwortlich und damit freiberuflich. Dabei ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob es sich nur um eine vorübergehende Zusammenarbeit, ein Angestelltenverhältnis [426] oder um eine ständige Partnerschaft handelt. Gerade ein Zusammenschluß auf Dauer bringt zumeist für alle Beteiligten den besten Nutzen. Dem Kunden kommen die Vielzahl der Fachkräfte und die Vorteile der leistungsfähigeren Organisation zugute. Dem einzelnen Freiberufler bieten sich günstigere Arbeitsbedingungen und eine größere wirtschaftliche Sicherheit für sich und seine Familie. Diese und andere Vorteile ergeben sich nicht nur bei der Verbindung von Freiberuflern unterschiedlicher Disziplinen, sondern auch bei der gemeinsamen Berufsausübung von Kollegen derselben Fachrichtung. [427]
Es sind nun verschiedenartige Möglichkeiten eines Zusammenschlusses denkbar. Nicht jede Form der Vereinigung wird jedoch den Besonderheiten der freiberuflichen Tätigkeit gerecht. [428]
Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts steht an sich allen Angehörigen der freien Berufe zur Verfügung, die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des BGB über die Geschäftsführung und Vertretung können aber nur modifiziert Anwendung finden. Z. B. müssen die Rechtsanwälte und Ärzte einer Sozietät [429] eine

---

426) Es ist also durchaus denkbar, daß ein wirtschaftlich selbständiger Freiberufler einen Freiberufler im sozialethischen Sinn als Angestellten hat. Vgl. in diesem Zusammenhang § 23 StBerG, § 44 WprO

427) Auf die Vorteile und die heute oft unabdingbare Notwendigkeit der Teamarbeit wurde schon an anderer Stelle ausführlich hingewiesen. S. o.: Teil II, § 4 IV 3) b)

428) Zum Folgenden vgl. Buchwald - Tiefenbacher: Die zweckmäßige Gesellschaftsform nach Handels- und Steuerrecht, 2. Aufl., Heidelberg (1961), S. 139 ff. und Lach BB 62, 688 ff.

429) Der BGH geht in ständiger Rspr. davon aus, daß die echte Anwaltssozietät eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist. (Vgl. BGHZ v. 4.5.1960 in BB 1960, S. 681 Nr. 1179). Bei den Ärzten geht die überwiegende Meinung im Schrifttum noch davon aus, die Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung sei ein Zusammenschluß sui generis. Diese Unterscheidung ist jedoch ohne praktische Bedeutung, da die Beziehungen zumindest gesellschaftsähnlich sind, so daß die §§ 705 ff. BGB analog zur Anwendung kommen. (Vgl. Buchwald - Tiefenbacher S. 140 Fußnote 4)

größere Selbständigkeit genießen, als sie sonst einem BGB-Gesellschafter zugestanden wird. So darf nicht etwa der einzelne gezwungen werden, gegen seine Überzeugung einen Klienten in bestimmter Weise zu vertreten bzw. einen Patienten auf besondere Art zu behandeln. [430] Fraglich ist, ob ein freier Beruf auch durch eine juristische Person ausgeübt werden kann, zumal wir im Verlauf unserer Untersuchung des öfteren auf die besondere Bedeutung der Mensch-zu-Mensch-Beziehung gestoßen sind. - In dieser Hinsicht bestehen dann keine Bedenken, wenn die juristische Person nur die äußere Form des organisatorischen Zusammenschlusses bildet und dahinter als tatsächlich Handelnde natürliche Personen stehen, die sich im Hinblick auf Fachkenntnisse, Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit nicht wesentlich von wirtschaftlich selbständigen Freiberuflern unterscheiden. [431]

An dieser Stelle darf das Problem der Haftungsbeschränkung nicht unerwähnt bleiben. Jeder Ausschluß und jede Begrenzung der persönlichen Haftung vergrößert nämlich prinzipiell die Gefahr, daß der Berufsträger nicht mehr in jedem Fall sein Bestes gibt. Sein persönliches Engagement wird u. U. stärker sein, wenn er für die Folgen seiner Tätigkeit auch wirtschaftlich voll gerade zu stehen hat. Andererseits darf dieses Argument nicht dazu führen, das notwendige Entstehen größerer, leistungsfähiger Organisationen zu verhindern oder zu erschweren. Das Risiko für den einzelnen Freiberufler wäre oft unzumutbar, wenn er nicht mehr nur für sich selbst einstehen, sondern für alle Arten menschlichen und technischen Versagens innerhalb der Organisation unbeschränkt haften müßte. Auch den kooperationswilligen Angehörigen der freien Berufe muß daher grundsätzlich die

---

430) Mehrheitsbeschlüsse sind aber nicht generell ausgeschlossen. Der BGH hält sie z. B. in der Frage, ob von einer Rechtsanwaltssozietät ein Mandat niedergelegt werden soll, für möglich. (Vgl. BGHZ v. 4.5.1960 in BB 1960, S. 681 Nr. 1179). Hierin liegt genau genommen eine Einschränkung der beruflichen Freiheit des einzelnen, aber ohne ein Mindestmaß von Kooperation (die ein Nachgeben in Fragen von untergeordneter Bedeutung voraussetzt) kann keine Gemeinschaft bestehen.

431) Vgl. H ö p p n e r BB 1961, 1209 (1210)

Möglichkeit einer Haftungsbegrenzung zugestanden werden. [432]

Der Kreis der an sich gesellschaftsrechtlich zulässigen Gesellschaftsformen wird aber bei einigen Berufsgruppen durch standesrechtliche Bestimmungen erheblich eingeschränkt. So gilt z. B. bei Rechtsanwälten der Zusammenschluß zu Kapitalgesellschaften als mit dem Wesen der freiberuflichen Tätigkeit unvereinbar. [433] Der Gesetzgeber dagegen hat für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer u. a. Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung ausdrücklich vorgesehen. [434] Obwohl diese Gesellschaften unbestreitbar

---

432) Für Kooperationen von Architekten wird die eGmbH besonders empfohlen. Siehe Neuenfeld Abschnitt I C c Rdnr. 37 ff.

433) Vgl. Buchwald - Tiefenbacher S. 142. Auch orthodoxen Ärzten in Deutschland ist der Gedanke, ein Krankenhaus als Aktiengesellschaft zu betreiben, ein Greuel. Die "Deutsche Klinik für Diagnostik" in Wiesbaden ist daher schon vor ihrer Eröffnung im März 1970 vielfach angefeindet worden.
Die heute z. T. weltberühmten Kliniken auf "kommerzieller Basis" in den USA hatten ursprünglich auch gegen großen Widerstand anzukämpfen. Z. B. erhielt Dr. Ochsner, der Gründer der nach ihm benannten, heute wohl renommierten Klinik in New Orleans, die nach den gleichen Prinzipien wie die Mayo-Klinik in Rochester arbeitet, von Kollegen beziehungsreich 30 Silberlinge geschickt, weil er die ärztliche Kunst des Mammons wegen verraten habe.

Standesrechtliche Bestimmungen untersagen den Freiberuflern nicht nur die Errichtung bestimmter Gesellschaftstypen zur gemeinsamen Berufsausübung, sondern sie schränken auch den einzelnen bei der Wahl der Partner einer Berufsvereinigung ein. (Vgl. § 23 der "Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts" nach dem Stand vom 1.1.1970) So war z. B. bis vor kurzem die oft zweckmäßige Verbindung eines Rechtsanwaltes mit einem Steuerberater nicht zulässig. (Dagegen Kalsbach (Standesrecht) S. 618 und seit ihrer Frühjahrstagung 1968 auch die Bundesrechtsanwaltskammer.) Das gesamte Standesrecht birgt die Gefahr in sich, daß konservative Freiberufler durch ein Festhalten an einem unzeitgemäßen "Ehrenkodex" optimale Leistung verhindern. Man kann heute jedoch allgemein feststellen, daß eine Tendenz zum Zusammenschluß von Freiberuflern besteht. Zumeist wird nur noch bedauert, daß noch keine geeignete Gesellschaftsform zur Verfügung steht. (Vgl. Lach BB 1962, 688, Neuenfeld Abschnitt I C c Rdnr. 37 ff.)

434) Für die staatliche Anerkennung dieser Gesellschaften ist in jedem Fall Voraussetzung, daß sie von Angehörigen des jeweiligen freien Berufs verantwortlich geführt werden. Zu den Einzelheiten vgl. § 16 ff. StBerG und §§ 27 ff., 130 WprO.

"freiberufliche" Leistungen erbringen, werden sie als "Gewerbebetriebe" aufgefaßt.[435] Die Wirtschaftsprüferordnung läßt sogar unter gewissen Bedingungen die Anerkennung von offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, die ja den Betrieb eines Handelsgewerbes voraussetzen,[436] zu.[437] Der so oft betonte Gegensatz zwischen "freiem Beruf" und "Gewerbe" wird hier - zumindest äußerlich - also völlig verwischt.

---

435) Vgl. § 3 AktG, § 2 Abs. 2 GewStG

436) §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB

437) § 27 WprO

TEIL III

Schlußbetrachtungen

§ 1

Der Freiberufler - ein Abbild des "homo ethicus" ?

Ganz allgemein kann man feststellen, daß freiberufliche und gewerbliche Tätigkeit sich in ihrem Erscheinungsbild einander angleichen, und das Schwergewicht bei der Einordnung bestimmter Berufe wird zunehmend auf die Frage gelegt, inwieweit Standespflichten die Berufsangehörigen zur sachbezogenen und verantwortungsbewußten Arbeit anhalten. Gerade diese standesrechtliche Bindung war z. B. ein Hauptgrund dafür, weshalb der Bundestagsausschuß für Verkehr in seinem schriftlichen Bericht (Bundestagsdrucksache 2. Wahlperiode Nr. 762, S. 2) den Dienst der Seelotsen der Reviere im Gegensatz zum Regierungsentwurf (Bundestagsdrucksache 2. Wahlperiode Nr. 393, §§ 1 und 8) als "freien", nicht gewerblichen Beruf bezeichnete. Daraus ist zu schließen, daß in diesem Sinne jeder Beruf, dem die Beachtung des Gemeinwohls formell auferlegt wird bzw. der sich selbst Regeln gibt, die diesem Zweck dienen sollen, zum "freien" Beruf wird oder werden kann. [438] Als maßgebliches Kriterium für die Klassifizierung als "Gewerbetreibender" oder "Freiberufler" bleibt damit letztlich nur noch die besondere Einstellung des Berufstätigen zu seiner Arbeit. So besehen, gibt es dann wirklich "keine menschliche Tätigkeit, die

---

438) Vgl. in diesem Zusammenhang das lobenswerte Bemühen der "gewerblichen" Makler und Investmentberater, Berufsvereinigungen zu bilden, das Verhalten der Mitglieder zu beaufsichtigen und das Publikum vor unseriösen Geschäftspraktiken zu schützen. (Siehe hierzu "FR" vom 11.3.1970). Hier zeigen sich erfreuliche Ansätze, dem Gewinnstreben um jeden Preis eine Absage zu erteilen und den eigenen Stand von ungeeigneten Kandidaten freizuhalten.

unfähig wäre, Tätigkeit eines freien Berufs zu sein." [439] Es läßt sich aber auch für keine Arbeit generell sagen, daß sie nur im freiberuflichen Sinn ausgeübt würde. Es ist denkbar, daß der Handwerker seinen Beruf als Amt und Aufgabe im Dienst der Allgemeinheit auffaßt, [440] während der Arzt oder Anwalt sich von hemmungsloser Profitgier leiten läßt.

Die Begriffe "freier Beruf" und "Gewerbe" sind verbunden mit den Denkfiguren des "homo ethicus" und des "homo oeconomicus", also des Menschen, dem es ganz allein um die Sache und gar nicht um seinen Nutzen geht, bzw. des totalen und 100 %-igen Egoisten, der sich nur an Geld und Gewinn orientiert. [441] Diese Idealtypen kommen in der sozialen Wirklichkeit nicht vor, und sie lassen sich schon gar nicht ausschließlich bestimmten Berufen zuordnen. Es ist aber nicht zu leugnen, daß z. B. die Gesundheits- und Rechtspflege und der Fortschritt in Technik, Wissenschaft und Kunst, Werte, die für den Bestand und die gedeihliche Fortentwicklung eines Gemeinwesens von ausschlaggebender Bedeutung sind, im besonderen Maße des persönlich engagierten Menschen bedürfen. Die heute als "frei" bezeichneten Berufe sind daher die, bei deren Berufsträgern man in der Regel erwartet und glaubt, daß sie dem Ideal des "homo ethicus" nahe zu

---

439) Vgl. Feuchtwanger (freie Berufe) S. 28. Er weist in diesem Zusammenhang auf den Gegensatz zwischen einer Prostituierten und einer Tempelhetäre hin. Beide tun dasselbe, aber mit völlig unterschiedlicher Einstellung: Die eine wirft sich weg des Geldes wegen, die andere gibt sich hin als Gottesdienst.

440) Im Mittelalter war ja diese Vorstellung anfangs durchaus lebendig.

441) Vgl. Feuchtwanger (Staat und freie Berufe) S. 46

kommen versuchen. [442] Der Grad ihrer Bildung spielt dagegen - wie die Aufzählung in § 18 EStG zeigt - nur eine untergeordnete Bedeutung.

Der Begriff der "freien Berufe" hat demnach einen gewissen Inhaltswandel erfahren: Während man früher von den Freiberufler im wesentlichen geistige Arbeit um der Sache selbst willen im Dienste der Allgemeinheit und höchste (zumeist Universitäts-) Bildung verlangte, wird heute das Augenmerk vorwiegend auf das Berufsethos gelegt. Diese Entwicklung war beinahe zwangsläufig, da wegen der Fülle des Wissensstoffes niemand mehr - wie der Freiberufler im Mittelalter - über eine universelle Bildung verfügen kann, das Bildungsniveau der Bevölkerung sich angeglichen hat und jetzt allgemein an alle Berufstätigen höhere geistige Anforderungen gestellt werden. Zudem zeigt sich wohl unzweifelhaft eine generelle Tendenz, dem Streben nach dem eigenen Vorteil mehr Raum zu geben. Unter diesen Umständen fällt gerade dem Merkmal der idealistischen Gesinnung bei der Berufsausübung für die Unterscheidung "Gewerbe" - "freier Beruf" verstärkte Bedeutung zu.
Das Moment der Bildung läßt sich in diesem Zusammenhang jedoch nicht völlig eliminieren, denn es bedarf wohl - zumal in unserer materialistischen Zeit - eines bestimmten geistigen Niveaus, um zu erkennen, daß es lohnend sein kann, sich voll und ganz für eine Sache einzusetzen, ohne dabei privaten Nutzen zu ziehen.
Bei nüchterner Betrachtung der Wirklichkeit muß man aber feststellen,

---

442) Während des Nationalsozialismus galt für alle Bürger der Satz: "Gemeinwohl geht vor Eigennutz" und jeder war in gleicher Weise verpflichtet, persönliche Wünsche hintanzustellen und dem Volksganzen zu dienen. Jeder Beruf war Teil der ständischen Ordnung und bei allen Berufen wurde die Erfüllung spezieller Berufspflichten durch Berufs- und Ehrengerichte gesichert. (Vgl. Scheuner S. 428, 430)
Als Freiberufler wurde dann konsequenterweise ohne Rücksicht auf die Art seiner Tätigkeit jeder bezeichnet, der "letzten Endes die Verantwortung allein vor seinem Gewissen" trägt, "weil ihm niemand diese Verantwortung abnehmen kann." Nicht nur z. B. der Arzt, Anwalt oder Künstler, auch der selbständig Wirtschaftende zählte zu den "freien Berufen". (Vgl. Noak : Kommentar zur Reichsrechtsanwaltsordnung in der Fassung vom 21. 2. 1936, 2. Aufl., Leipzig (1937), § 1 Anm. 2)

daß bei den heute in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur als "frei" bezeichneten Berufen die bedingungslose Einsatzbereitschaft und das persönliche Engagement stark vom herrschenden Zeitgeist beeinflußt w orden sind und daß bei den meisten wohl die idealistische Berufsauffassung kaum häufiger und kaum ausgeprägter zu finden ist als bei vielen "Gewerben". [442 a)] Es erscheint daher insgesamt problematisch, gerade diese Berufe von allen anderen abzuheben. Zumindest kommt ihnen keine quasi naturrechtliche Höherrangigkeit zu. [443)]

§ 2

Die steuerrechtliche Sonderstellung der "freien Berufe"

I

G ewerbesteuerpflicht der Freiberufler ?

Auch die steuerrechtliche Sonderstellung der "freien Berufe" bedarf deshalb - und damit schließt sich der Kreis unserer Untersuchungen - einer Überprüfung. So erscheint die Frage angebracht, wie es zu rechtfertigen ist, daß die Freiberufler, im Gegensatz zu den übrigen Selbständigen, von der Gewerbesteuer befreit sind. Jede befriedigende A ntwort setzt dabei die Kenntnis des Tatbestandes voraus, der Grundlage der Steuerpflicht ist. Ein Blick in die Geschichte zeigt jedoch,

---

442 a) So wurde gerade in jüngster Zeit darauf aufmerksam gemacht, daß z. B. die Zahnärzteschaft es gegen den Wunsch der Ortskrankenkassen aus finanziellen Gründen ablehnt, Kieferanomalien auf Krankenschein zu beheben. Gegen einige Kieferorthopäden, die sich gleichwohl öffentlich zu einer solchen Behandlung bereiterklärten, wurde sogar ein Berufsgerichtsverfahren eingeleitet. (So mit näheren Einzelheiten: die Fernsehsendung "Panorama" vom 23.8.1971) Vgl. auch Fußnote 404)

443) So auch v o n W i e s e S. 43

daß offensichtlich selbst der Gesetzgeber sich nicht immer klar darüber war, was er hier eigentlich besteuern wollte, und es ist bemerkenswert, daß auch die "klassischen" Freiberufler (Ärzte, Anwälte, Künstler) in der Vergangenheit nicht selten Gewerbesteuer bezahlen mußten. [444]

In Rechtsprechung und Literatur wird heute zumeist erklärt, die Gewerbesteuer entspreche nicht der Eigenart der "freien Berufe", denn sie sei ihrem überkommenen Charakter nach eine Realsteuer (Objektsteuer) und knüpfe an den Einsatz eines gewerblichen Vermögens an. [445] Wäre dies wirklich die ratio legis, dann dürften zahlreiche Berufstätige, die - wie die Freiberufler - hauptsächlich ihre persönliche Arbeitskraft verwerten, ebenfalls nicht als "Gewerbetreibende" behandelt werden. (Man denke z. B. an Makler, kleine Handwerker, Handelsvertreter, Berufssportler, Artisten u. a., die alle keine "fundierten" Einkommen besitzen. Ihr "Betrieb" hängt allein von ihren Fähigkeiten und davon ab, wie stark sie sich engagieren.) Andererseits ist nicht zu übersehen, daß sich bei den "freien Berufen" in den letzten Jahren das Bild verschoben hat und bei ihnen zunehmend der Einsatz von Sachkapital (und von Hilfskräften) an Bedeutung gewinnt. [446] Für Praxisräume müssen z. T. erhebliche Summen bezahlt werden, und das für die erfolgreiche Ausübung des Berufs erforderliche "Handwerkszeug" ist umfangreicher und teurer geworden. In den Heilberufen werden z. B. kostspielige Apparate benötigt, und Anwälte brauchen

---

444) Nachweis bei Bräuer aaO. S. 4 ff. und bei Blümich - Boyens § 2 Anm. 54 a Nr. 3. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß zeitweilig Berufe, die im Einkommensteuerrecht ausdrücklich - im Gegensatz zu den "Gewerben" - als "freie Berufe" behandelt wurden, gleichzeitig zur Gewerbesteuer herangezogen wurden. Vgl. einerseits § 35 Abs. 1 Ziff. 1 EStG (1925), andererseits die bis zur Einführung des RGewStG vom 1.12.1936 gültigen Gewerbesteuergesetze der Länder. (Erst das GewStG (1936) nahm die "freien Berufe" aus der Gewerbesteuer heraus. Vorher waren nur Kunst und reine Wissenschaft befreit. Vgl. Blümich - Boyens § 2 Anm. 54 a)

445) Vgl. Müthling: Kommentar zum Gewerbesteuergesetz, 2. Aufl., München (Stand 1969), § 2 Anm. 1, Blümich - Boyens Einl. II Ziff. 1, BFHE vom 10.4.1953 in BStBl. III, S. 142

446) Kühn S. 16

größere Bibliotheken, Diktier- und Fotokopiergeräte u. a.[447]
Als Zweck der Gewerbesteuer wird weiter angegeben, sie solle einen Ausgleich schaffen für die vielfältigen Lasten, die der Betrieb eines Unternehmens für die Gemeinde mit sich bringe.[448] Aber auch dieser Hinweis ist nicht geeignet, die Freistellung allein der in § 18 Abs. 1 EStG genannten Berufe von der Gewerbesteuer zu erklären. Verursacht etwa ein Heiratsvermittler, ein Fremdenführer oder der Betrieb einer Werbeagentur für die Gemeinde größere Lasten als ein Arzt, Wissenschaftler, Künstler, Anwalt oder Architekt ?
Die Verschonung einiger selbständig ausgeübter Berufe von der Gewerbesteuer läßt sich somit heute nicht mehr dogmatisch befriedigend begründen. Eine Änderung der derzeitigen gesetzlichen Regelung erscheint gleichwohl nicht dringend, da die augenblickliche nicht zu Ungerechtigkeiten führt. Aus der Auferlegung einer zusätzlichen staatlichen Abgabe erwächst den "Gewerbetreibenden" kein Wettbewerbsnachteil, da sie den "Freiberuflern" in der Regel nicht auf dem gleichen Markt begegnen.[449] Es wird ihnen durch diese Abgabe auch nicht ihr Verdienst geschmälert, da die Gewerbesteuer als Kostensteuer - wie die übrigen betrieblichen Aufwendungen - im Preis auf die Abnehmer der gewerblichen Leistungen überwälzt werden soll.[450] Die Nichtbelastung der

---

447) Vgl. in diesem Zusammenhang die Aufschlüsselung der umfangreichen Sach- und Personalkosten in "Unternehmen und Arbeitsstätten, Reihe 1 /IV (Die Kostenstruktur der freien Berufe, 1967)", hrsg. vom Statistischen Bundesamt, Wiesbaden.

448) Blümich - Boyens Einl. II Ziff. 5

449) Eine Ausnahme bilden hier z. B. die Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die allein aufgrund ihrer Gesellschaftsform als Gewerbetreibende betrachtet werden (s. o. Teil II § 4 V 2). Dem einzelnen Berufsangehörigen ist es jedoch grundsätzlich überlassen, ob er in einer Gesellschaft oder lieber "freiberuflich" arbeitet. Ob es dagegen zweckmäßig ist, den sinnvollen Zusammenschluß von Freiberuflern steuerrechtlich zu bestrafen, erscheint zweifelhaft.

450) Das ergibt sich auch aus ihrer Abzugsfähigkeit als Betriebsausgabe. Vgl. Rose : Zur Steuerbelastung der freien Berufe, Köln, (1971), S. 13 f.

"freien Berufe" mit der Gewerbesteuer kommt somit den Patienten, K lienten, Kunstfreunden etc. zugute. Der Staat verzichtet also nicht zum Vorteil der Ärzte, Anwälte, Künstler u. a. auf deren Besteuerung, sondern zum Nutzen aller Bürger, die nun mit geringeren Kosten in den Genuß der wichtigen Dienste dieser Berufstätigen gelangen können. Insofern erweist sich die Verschonung bestimmter Berufe von der Gewerbesteuer als rechtlich unbedenkliche und zudem sinnvolle Maßnahme.

I I

D er Freibetrag gemäß § 18 Abs. 4 EStG

P roblematischer ist die Beantwortung der Frage, warum gerade den in § 18 Abs. 1 EStG aufgezählten Berufstätigen - und nur ihnen allein - gemäß § 18 Abs. 4 EStG ein Freibetrag von bis zu 1200,-- DM jährlich zugebilligt wird. Nach § 38 EStDV (1949/50) war dieser zur Abgeltung des angeblich nicht oder nur unvollkommen nachweisbaren Aufw ands der Freiberufler gedacht.[451] Dieses Argument wird in der Literatur z. T. noch heute als Rechtfertigungsgrund für den § 18 Abs. 4 EStG herangezogen. In der Tat zeigt dessen Entstehungsgeschichte, daß durch diese Bestimmung irgendwelche speziellen "Betriebsausgaben" pauschal einkommensteuerlich berücksichtigt werden sollten.[452] E s gab jedoch zu keiner Zeit klare Vorstellungen darüber, worin dieser besondere Aufwand der freiberuflich tätigen Personen bestehen sollte. Man hat behauptet, die Freiberufler müßten z. B. verstärkt gesellschaftliche Kontakte pflegen, um auf ihre Leistung aufmerksam zu machen, da vielen eine gewöhnliche Werbung standesrechtlich untersagt sei. Die dafür erforderlichen relativ hohen Kosten seien aber wegen

---

451) Vgl. B l ü m i c h - F a l k : Kommentar zum Einkommenssteuergesetz von 1961, 7. Aufl., Berlin, Frankfurt /M. (1955), § 18 Anm. 7

452) Siehe B a r t h : Belastungsvergleich zwischen unselbständig Tätigen und Angehörigen freier Berufe, verbunden mit einer Randbemerkung zu § 18 Abs. 4 EStG, in: Finanzrundschau 14 (1959), S. 561 ff.

§ 12 Nr. 1 Satz 2 EStG steuerlich nicht absetzbar, obwohl sie keine reinen Privatausgaben seien. Diesen Konflikt zwischen § 4 Abs. 4 EStG, der den Abzug von Betriebsausgaben ermöglicht, und § 12 Nr. 1 EStG, der den Abzug von Lebensführungskosten verbietet, wolle § 18 Abs. 4 EStG auf pragmatische Weise lösen. [453] Nun ist jedoch zu bedenken, daß auch bei den Gewerbetreibenden dem gesellschaftlichen Kontakt eine kaum geringere Bedeutung zukommt als bei den Freiberuflern. Bei Geschäftsleuten ist die Pflege persönlicher Beziehungen ein beinahe sprichwörtliches Werbemittel. Die dafür erforderlichen Aufwendungen können auch sie nicht in jedem Fall als Betriebsausgaben absetzen. [454] Es gewinnt daher die Auffassung an Boden, daß der Pauschbetrag des § 18 Abs. 4 EStG einen echten Freibetrag darstellt, der in keinem Zusammenhang mit den Betriebsausgaben steht und somit deren restlose Geltendmachung (im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen) nicht hindert. [455] Es handelt sich hier also um eine Subvention bestimmter Berufe, über deren Berechtigung sich nachzudenken lohnt.

In den begünstigten Kreisen verteidigt (und fordert man darüber hinaus) die Entlastung der "freien Berufe" mit dem Hinweis auf die besonders schwierigen wirtschaftlichen Gegebenheiten dieser Berufe. So soll nach Deneke [456] der Einkommensanteil der "freien Berufe" am Volkseinkommen, der 1936 noch 1,4 % betragen habe, im Jahre 1956 auf 0,9 % gesunken sein. Solche Vergleiche erscheinen jedoch, worauf schon der Bericht der Bundesregierung zur Lage der Mittelschichten (1960) [457] zurecht hinwies, problematisch, weil sich der personelle

---

453) Rose S. 19 f., Barth aaO.

454) So ist es z. B. bei Freiberuflern und Gewerbetreibenden gleichermaßen üblich, Mitglied mehrerer Vereine zu sein und so Verbindungen zu knüpfen.

455) Vgl. Blümich - Falk, 9. Aufl. (1964), § 18 Anm. 7, Littmann § 18 Anm. 82; Rose (aaO. S. 20 f.) räumt zumindest ein, daß nicht alle Freiberufler besondere Aufwendungen haben, die nach § 18 Abs. 4 EStG abzugelten sind, und daß diese Berufstätigen insofern einen Steuervorteil vor vergleichbaren Gewerbetreibenden erhalten.

456) "Die freien Berufe" S. 222

457) Verhandlungen des deutschen Bundestages (3. Wahlperiode) Drucksache 2012

Anteil der einzelnen Berufsgruppen am Volkseinkommen laufend ändert. Außerdem aber sagt der Anteil aller freiberuflichen Leistungen am Gesamteinkommen nichts über die ökonomische Situation innerhalb der einzelnen Berufsgruppen aus. Insoweit fehlt es jedoch immer noch an hinreichendem statistischen Material. Besonders bei den künstlerisch und publizistisch Schaffenden ließ sich keine repräsentative Erhebung bezüglich ihrer finanziellen Lage ermitteln. Es kann jedoch als sicher gelten, daß sich nicht wenige Angehörige gerade dieser Gruppen in keiner beneidenswerten Situation befinden und häufig sogar zum "Unterproletariat" gehören. [458]

Für eine Anzahl "freier Berufe" sind nun in den letzten Jahren vom Statistischen Bundesamt in Wiesbaden Kostenstrukturerhebungen durchgeführt worden. Diese zeigen, daß viele der in § 18 Abs. 1 EStG genannten Personen in durchaus gehobenen Verhältnissen leben und keineswegs auf Subventionen angewiesen sind. [459] So wird denn auch vielfach als Argument für deren steuerliche Entlastung die Tatsache erwähnt, daß die Mehrzahl eine lange Berufsausbildung absolviert habe (Studium, Akademiebesuch)und daher im Leben nur vergleichsweise kurze Zeit Geld verdienen könne. Infolge der dann höheren durchschnittlichen Jahreseinkommen während der Berufsausübungsdauer unterfielen diese Berufstätigen zudem der Steuerprogression. Diese Erkenntnisse sind zwar zutreffend, insofern unterscheiden sich jedoch die selbständigen Freiberufler nicht von ihren Kollegen in abhängiger Stellung. [460] Andererseits ist auch die Ausbildungszeit bei manchen Freiberuflern (z. B. den Krankengymnasten, Hebammen, Journalisten, Künstlern) nicht generell länger als üblicherweise bei den Gewerbetreibenden. (Soweit zur Begründung für Steuererleichterungen auf die in der Regel

458) M a r b a c h : Theorie des Mittelstandes, Bern (1942), S. 422; Mittelstandsbericht aaO. S. 128

459) So verdienten ("Reinertrag" vor Abzug der Steuern) im Jahre 1969 im Durchschnitt

Architekten und beratende Ingenieure	86.000,-- DM
Ärzte	92.000,-- DM
Zahnärzte	95.500,-- DM
Steuerberatende Berufe	100.500,-- DM
Rechtsanwälte und Notare	110.000,-- DM

(Die Angaben der Tabelle finden sich bei G u s k i : Die Skala der Einkommen, in: "Der Leitende Angestellte" 3/1970, S. 4ff., der die Zahlen der Kostenstrukturerhebung des Statistischen Bundesamtes von 1967 auf das Jahr 1969 fortgeschrieben hat. Er erwähnt an dieser Stelle auch, daß sich z. B. das Einkommen der freiberuflichen Ärzte in der Zeit von 1960 bis 1966 im Durchschnitt um 126 % gesteigert habe.)

460) So auch R o s e S. 40, 43 und "Untersuchungen zum Einkommensteuerrecht" - Bericht der Einkommenssteuerkommission, in: Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 7 (1964)S. 193

hohen Ausbildungskosten der in § 18 Abs. 1 EStG aufgezählten Berufstätigen verwiesen wird, [461] gelten die obigen Ausführungen entsprechend.)

Schließlich wird immer wieder das "unfundierte" Einkommen bei den erwähnten Berufsgruppen und das damit verbundene wirtschaftliche Risiko in den Wechselfällen des Lebens als Argument für deren steuerliche Entlastung herangezogen. Nun ist zwar offensichtlich, daß der Besitz von Sachwerten geeignet ist, den Menschen gegen Schwierigkeiten in Notzeiten in einem gewissen Umfang zu sichern, staatlicher Hilfe bedürfen jedoch in diesem Zusammenhang nicht alle und nicht nur die in § 18 Abs. 1 EStG genannten Personen. Einerseits ist nämlich - wie schon erwähnt wurde - bei den selbständigen Freiberuflern der Kapitaleinsatz gewachsen, andererseits sind z. B. auch die in abhängiger Stellung Tätigen in erster Linie auf den Einsatz ihrer persönlichen Arbeitskraft angewiesen.

Unbestreitbar ist jedoch der Vorteil, den Beamte und Angestellte gegenüber den Selbständigen dadurch genießen, daß ihre Arbeitgeber die erforderlichen Aufwendungen für die Vorsorge für den Krankheitsfall und das Alter ganz oder teilweise übernehmen und die Arbeitnehmer diese Leistungen nicht zu versteuern brauchen. [462] Wenn nun der Staat den Freiberuflern im Rahmen des § 18 EStG steuerlich etwas entgegenkommt, ist dagegen somit wenig einzuwenden. Allerdings muß daraufhingewiesen werden, daß sich auch eine Reihe von "Gewerbetreibenden" mit unfundierten Einkommen (Makler, kleine Handwerker, Artisten u. a.) hier in keiner besseren Position als die Freiberufler befinden und trotzdem Einkommensteuer in voller Höhe bezahlen müssen.

---

461) Vgl. D e n e k e (freie Berufe) S. 215, R o s e S. 43

462) Siehe hierzu die Vergleichstabellen bei R o s e S. 22 ff. Danach entspricht der jährliche Arbeitslohn eines Unselbständigen von z. B. 14 400,-- DM dem Einkommen eines Freiberuflers in Höhe von 15 489,60 DM.
Interessant wäre in diesem Zusammenhang ein Vergleich der effektiven Einkünfte von "freiberuflich" Tätigen in selbständiger und abhängiger Stellung. Entsprechende Zahlen konnten hierzu nicht ermittelt werden. Zumindest in bestimmten Berufsgruppen (Arzt, Anwalt u. a.) dürfte sich dabei aber zeigen, daß der erwähnte theoretische Vorteil der Unselbständigen durch die tatsächlichen Einkünfte der Selbständigen mehr als wettgemacht wird.

Insofern erscheint es insgesamt unbillig, allein den in § 18 Abs. 1 EStG bezeichneten Personengruppen einen Freibetrag von jährlich bis zu 1200,-- DM zuzubilligen. Auch in Kreisen der Finanzverwaltung und der Wissenschaft stößt die Anerkennung des Freibetrages zunehmend auf Ablehnung, [463] weil der Terminus "freie Berufe" zwar allgemein gebräuchlich, aber steuerrechtlich wie soziologisch mehrdeutig, unklar und wenig überzeugend abgegrenzt ist.

§ 3

Ergebnis

Am Ende unserer Untersuchung läßt sich feststellen, daß der Begriff der "freien Berufe" nicht einheitlich zu definieren ist. Man hat im Laufe der Geschichte die unterschiedlichsten Bedeutungen mit ihm verbunden. Im Mittelalter bezeichnete man als "freie Berufe" einerseits alle nicht zunftgebundenen Berufe, andererseits - und damit unseren heutigen Vorstellungen näher liegend - besonders diejenigen, deren Berufsträger sich mit den "artes liberales" vertraut gemacht hatten. Das waren in erster Linie die Wissenschaftler, Ärzte, Anwälte und Künstler, also die geistig Tätigen, die sich durch besondere Bildung oder Begabung auszeichneten und für ihre Arbeit oft nur einen Ehrensold erhielten. Allmählich folgerte man aus jeder einzelnen Besonderheit,

---

463) Vgl. hierzu den 1."Subventionsbericht" der Bundesregierung vom 8. 6. 1967 in: Verhandlungen des deutschen Bundestages - Anlagen zu den stenographischen Berichten - Drucksache V / 2423, den "Bericht der Einkommenssteuerkommission" aaO. S. 191 und das Gutachten des wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium der Finanzen zur Reform der direkten Steuern vom 11. 2. 1967, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 9 (1967), "Der Weg zu einem zeitgemäßen Steuersystem, Hrsg. Karl-Bräuer-Institut des Bundes der Steuerzahler, Heft 20 (1971) S. 231, B a r t h aaO. S. 561. Siehe aber auch den 2. "Subventionsbericht" der Bundesregierung vom 16. 2. 1970, Bundestagsdrucksache VI / 391, und das "Gutachten der Steuerreformkommission", Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 17 (1971), S. 875

die sich aus der Art ihrer Berufsausübung, ihrer Stellung in der Gesellschaft oder ihrem Verhältnis zum Staat ergab, daß es sich hierbei um typische Merkmale freiberuflicher Tätigkeit überhaupt handele. Dadurch entstand die heillose Begriffsverwirrung, die uns noch heute zu schaffen macht. Zunehmend wurden Berufe, die in irgendeiner Weise einem der "klassischen" freien Berufe ähnelten, auch als "freie" Berufe bezeichnet. Später verlor man den Überblick vollkommen und zog aus Eigenschaften dieser neu hinzugekommenen Berufe wiederum Rückschlüsse auf das Wesen der "freien Berufe". Die allgemeine Unsicherheit wurde noch dadurch gesteigert, daß sich auch die klassischen "freien Berufe" wandelten und ihre einst typischen Kennzeichen wie Selbstverantwortung, Bildung und Berufsethos immer weniger geeignet waren, sie in der sozialen Wirklichkeit eindeutig von allen "nicht - freien" abzugrenzen. In der wissenschaftlichen Diskussion wurde zudem nicht immer klar unterschieden zwischen der realen Stellung und Einstellung bestimmter Berufstätiger und den ihnen gegenüber erhobenen Forderungen. Man argumentierte abwechselnd mit den Kriterien des Seins und des Sollens. Dies alles führte schließlich dazu, daß nun nahezu jeder und zu jeder Gelegenheit in einem anderen Sinn von "freien Berufen" spricht. Selbst der Gesetzgeber gebraucht diesen Ausdruck nicht einheitlich, und manchmal ist schwer verständlich, warum er bestimmte Berufe als sogenannte "freie" von allen anderen abhebt und gerade ihnen - und nur ihnen allein - besondere Pflichten auferlegt oder z. B. steuerliche Vergünstigungen zukommen läßt.

Es gibt somit nicht <u>den</u> Begriff der "freien Berufe", sondern eine kaum überschaubare Zahl, und der jeweilige Begriffsinhalt läßt sich höchstens aus dem textlichen Zusammenhang erschließen. Unter diesen Umständen ist die Verwendung des Begriffs "freier Beruf" mehr hinderlich als förderlich, ja sogar irreführend, weil von der terminologischen Identität zu leicht auf eine sachliche Übereinstimmung geschlossen werden kann.

Man sollte ihn daher nur mit Vorsicht gebrauchen !